

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

E.A.P. DERECHO

**La concurrencia de Cesionarios en el artículo 27° de la
ley de la Garantía Mobiliaria (Estudio en torno a la
cesión múltiple del derecho de crédito)**

TESIS

Para optar el Título Profesional de Abogado

AUTOR

Jesús David Vásquez Vidal

Lima-Perú

2012

A mi madre...

INDICE

INTRODUCCIÓN	6
--------------------	---

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y COMPARADOS DE LA CIRCULACIÓN DEL DERECHO DE CRÉDITO Y LA REGLA DE PREFERENCIA EN LA CONCURRENCIA DE CESIONARIOS

1.1. Un antecedente histórico a tomarse en cuenta: la <i>denuntiatio</i> y la “apropiación” del crédito por el <i>procurator in rem suam</i> en el derecho romano	12
1.2. La concurrencia de cesionarios en los sistemas jurídicos que han ejercido influencia en nuestro ordenamiento jurídico	19
1.2.1. Francia	19
1.2.2. Alemania	25
1.2.3. Italia	30
1.2.4. España	33
1.2.5. Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos	37
1.2.6. Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias de la OEA....	43

CAPÍTULO II

EL SISTEMA GENERAL PARA LA TRANSMISIÓN DE LAS SITUACIONES JURÍDICAS CREDITICIAS

2.1. La transmisión de derechos y de las situaciones jurídicas derivadas	50
--	----

INDICE

2.2.	La cesión de créditos desde sus dos perspectivas	62
2.3.	Sobre la eficacia traslativa de la cesión (1).....	64
2.3.1.	Una precisión necesaria: sobre los significados de “comunicación fehaciente” y “aceptación”	66
2.3.2.	Sobre la eficacia traslativa de la cesión (2)	68
2.4.	El sistema de transferencia de los derechos de crédito y su recepción en la jurisprudencia	71
2.5.	La derogada regla de concurrencia de cesionarios del artículo 1217 CC	77

CAPÍTULO III

LA CONCURRENCIA DE CESIONARIOS EN EL ARTÍCULO 27° DE LA LGM

3.1.	Aclarando la impropia redacción del artículo 27° de la LGM: cesión de derechos en propiedad y en garantía	83
3.2.	El supuesto de hecho: la cesión múltiple de un crédito como el presupuesto de la concurrencia de cesionarios	98
3.3.	El supuesto de hecho (sigue): El ámbito temporal de la concurrencia de cesionarios	101
3.4.	Purificando el supuesto de hecho (sigue): En la concurrencia de garantías mobiliarias no es aplicable el artículo 27° de la LGM	107
3.5.	El supuesto de hecho (sigue): ¿En la concurrencia de cesionarios se configura un conflicto de derechos de goce?	121
3.6.	Criterios de preferencia en relación al efecto transmisivo	129
3.6.1.	¿Es necesaria a buena fe del cesionario preferido?	130
3.6.2.	La inscripción de la cesión sobre créditos y sus efectos.....	137
3.6.3.	Regla de preferencia en la concurrencia de cesionarios.....	143
3.7.	Consecuencias jurídicas de la regla de concurrencia de cesionarios	144
3.7.1.	Efectos transmisivos: adquisiciones “ <i>a creditore</i> ” y “ <i>a non creditore</i> ”	145
3.7.2.	Efectos obligatorios.....	147
3.7.2.a.	Posición de responsabilidad del doble cedente	147

INDICE

a.a) Frente al cesionario preterido (no preferido) de buena fe	147
a.b) Frente al cesionario preferido	151
a.c) Frente al cesionario no preferido de mala fe	152
3.7.2.b. Posición del deudor cedido	155
b.a) Frente al cesionario con derecho inscrito (preferido)	155
b.b) Frente al cedente que transfirió múltiples veces el crédito.....	156
b.c) Frente al cesionario (no preferido) que recibió indebidamente la prestación	158
3.7.3.c. Posición del cesionario no preferido.....	166
c.a) Frente al cedente que cedió múltiples veces el crédito	168
c.b) Frente al cesionario preferido de buena fe y al deudor cedido.....	170
3.8. La indisponibilidad del crédito y nulidad del acto de disposición derivada del pacto de no ceder.....	170

CAPITULO IV

NOTAS CRÍTICAS PARA LA REFORMA DE LA NORMA SOBRE LA CONCURRENCIA DE CESIONARIOS

4.1. El vínculo obligatorio y la transmisión del crédito.....	176
4.2. Las posiciones jurídicas a ser tuteladas en la transmisión de los créditos	183
4.3. El Criterio de preferencia adecuado en la concurrencia de cesionarios: ¿inscripción o notificación?	201
4.3.1. Sobre la comunicación al deudor cedido	201
4.3.2. Sobre la inscripción como mecanismo de publicidad en la transferencia del crédito: Publicidad registral de la cesión de créditos.....	206
4.4. Propuestas para una reforma del sistema de concurrencia de acreedores vigente	218
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	224
BIBLIOGRAFÍA	231

INTRODUCCIÓN

La globalización es una expresión más del sistema imperial de dominación mundial, el cual crea una marcada diferencia entre las zonas imperialistas desarrolladas y las zonas imperializadas subdesarrolladas, donde estas últimas se caracterizan por ser sociedades altamente inequitativas en la distribución de sus recursos y por mantener a grandes sectores de su población en condiciones de miseria (planificada), como es el caso de la sociedad peruana.

Pero para que un país como el nuestro se integre al sistema de dominación mundial, necesita que le sean transmitidos los instrumentos organizativos (jurídicos) e ideológicos imprescindibles para sostener la base de dominación externa (e interna), a lo que algún autor ha denominado correctamente “eslabones socioculturales”¹ de dominación, pero esto solamente puede hacerse contando con una clase de socios o colaboradores autóctonos que se encarguen de difundir, en las zonas periféricas controladas, los discursos del poder² que sirven para legitimar y perpetuar el sistema de

¹ Así, James PETRAS sostiene que: “La superposición de las relaciones imperiales sobre una estructura clasista de una sociedad dada requiere que los lazos políticos vayan acompañados de eslabones socioculturales. El estado imperial requiere que se echen raíces en la sociedad para crear una infraestructura social y cultural que sostenga la base de la dominación externa que de otro modo será estrecha y frágil”: PETRAS, James. *Clase, Estado y poder en el tercer mundo*. Primera Edición. México: Fondo de Cultura Económica, 1986, p. 23.

² Debemos tener en cuenta, como firma Oscar Correas, que: “(...) el derecho es el principal discurso del poder, entonces el rostro del poderoso queda oculto apareciendo el derecho como algo que debe ser obedecido siempre para el beneficio de la sociedad y nunca para el propio de alguien. En el fondo, la negación de la voluntad del poder que está en el

INTRODUCCIÓN

relaciones económicas capitalistas asimétricas, además, de promover e implementar las reformas legales imprescindibles a estos fines.

En este contexto, de reformas legales para la integración al sistema imperial de dominación, al igual que en México³, en el Perú, también en el preludio a las negociaciones del Tratado de Libre Comercio (TLC) con Estados Unidos (2006), se implementó un farragoso sistema de garantías mobiliarias regulado por la Ley 28677 (en adelante la Ley de la Garantía Mobiliaria o simplemente LGM), que tuvo como líneas directrices la -infaltable- reducción de los “costos de transacción” para la constitución de garantías reales sobre bienes muebles, la implementación de mecanismos draconianos para la ejecución de los bienes muebles dados en garantía, que dejan en total indefensión al constituyente de la garantía⁴, y la utilización de la publicidad registral como criterio de oponibilidad y de preferencia de derechos⁵.

origen del discurso prescriptivo, tiene el claro objetivo de hacer la apología del estado en general, y del estado capitalista en particular”: CORREAS, Oscar. *Introducción a la sociología jurídica*. Primera Edición. México: Ediciones Coyoacán S.A., 1994, p. 75.

³ Donde se implementó un sistema de garantías mobiliarias en el marco de la celebración del acuerdo de libre comercio entre México, Estados Unidos y Canadá (TLCNA).

⁴ Al respecto, la jurista Eugenia ARIANO DEHO, correctamente señala que: “Con esta regulación (...): el abuso puede anidarse (y por lo general se anida) en la determinación unilateral (incontrolada e incontrolable) del *quantum* debido, *quantum* que debe ser un *prius* para determinar la “justicia” de cualquier ejecución dineraria (judicial o extrajudicial), aspecto sobre el cual la ley ha hecho (...) un voto de fe hacia el acreedor.” ARIANO DEHO, Eugenia. “La realización extrajudicial de la garantía mobiliaria (consideraciones a primera lectura de la Ley 28677)”. En *Athina: Revista de derecho de los alumnos de la universidad de Lima*. Núm. 1, 2006, p. 331

⁵ En este sentido, el sistema de garantías creado por la LGM vigente, tendría las siguientes características “revolucionarias”: 1) Permitir que todos los bienes tangibles o intangibles que no sean inmuebles y que tengan relevancia económica estén en aptitud de servir como garantía; 2) Incentivar a que no sean solamente los bancos los que puedan financiar a una empresa, sino que los proveedores del mismo deudor le otorguen créditos utilizando los mecanismos de las garantías reales previstos en la Ley; 3) La reducción de los costos de transacción uniformizando todos los tipos de garantías reales mobiliarias a un solo tipo general; 4) La creación de un mecanismo especial para la publicidad de la garantía utilizando los Registros de Bienes Muebles y el Registro Mobiliario de Contratos con la finalidad de publicitar la información mínima necesaria sobre la existencia del derecho; 5) Uniformizar las reglas de rango y preferencia de los derechos sobre los bienes gravados en función del sistema de publicidad registral; 6) Incentivar mecanismos alternativos extrajudiciales para la ejecución del bien afectado, a través del pacto comisorio y la venta extrajudicial; y, 7) Incentivar el crecimiento del financiamiento bancario abaratando los costos de los créditos. Tomado de:

INTRODUCCIÓN

Aquellos principios o criterios orientadores, como resulta evidente, benefician *directamente* a los grandes acreedores, es decir, a las empresas del sistema financiero local y armonizarían -en cierto sentido- nuestro ordenamiento civil al art. 9° del Código Uniforme de Comercio norteamericano. Lo cual no es ninguna novedad, ya que el fenómeno de la importación, trasplante e imposición de instituciones jurídicas extranjeras a una sociedad, porque resultan útiles a las “élites” que las implementan, es algo que ha sucedido desde la época del imperio romano⁶.

Sin embargo, el “nuevo” sistema de garantías mobiliarias ha conllevado importantes modificaciones, no sólo de las reglas de las garantías reales sobre bienes muebles, sino también del régimen legal para la circulación de todas las situaciones jurídicas acreedoras. En efecto, la LGM establece algo que dentro de nuestro ordenamiento jurídico civil era, hasta hace algunos años, impensable, a saber, la posibilidad de inscribir en un registro jurídico la transferencia de los derechos de crédito y vincular, a la publicidad registral de los derechos personales, efectos tan importantes como la oponibilidad de la transmisión frente al deudor que no ha intervenido en el acto de transferencia, así como frente a cualquier tercero que pretenda adquirir el crédito o acceder a la prestación a la que aquella situación jurídica da derecho.

Es, precisamente, a este nivel que encontramos una incongruencia entre las directrices del sistema de garantías mobiliarias (publicidad registral como mecanismo de preferencia en la circulación de los créditos) y la reglas de nuestro ordenamiento civil codificado para la transferencia del derecho de crédito, toda vez que en el Código Civil peruano (art. 1215°) se sigue protegiendo la posición del deudor, al utilizarse los mecanismos de la

Documento de trabajo: *Facilitando el acceso al crédito mediante un sistema eficaz de garantías reales*. Ministerio de Economía y Finanzas MEF. Lima 13 de julio de 2001. En <http://transparencia-economica.mef.gob.pe/documento/doc/dt6.pdf>, pp. 5-7 del PDF.

⁶ Sobre el particular, puede consultarse el ensayo de MONATERI, Pier Giuseppe. “Gayo, el negro: una búsqueda de los orígenes multiculturales de la tradición jurídica occidental”. En *La invención del derecho privado*. Bogotá: Siglo del hombre editores, 2006, pp. 97-216.

INTRODUCCIÓN

notificación o la aceptación como requisito para que los actos de disposición sobre el crédito le sean oponibles, con la finalidad de que el obligado pueda reconocer a su acreedor actual y ejecutar la prestación con efectos liberatorios.

Sin embargo, contrariamente a lo establecido en el Código Civil, la LGM en su art. 27° ha creado una regla excepcional para la circulación de las situaciones jurídicas acreedoras, donde cualquier referencia a la protección de la posición jurídica del deudor obligado ha sido suprimida, por lo que funciona como un *mecanismo paralelo* a las disposiciones del Código Civil sobre la cesión de créditos.

En este orden de ideas, el objetivo de la presente investigación es demostrar que el art. 27° de la LGM regula deficientemente el supuesto de hecho de la concurrencia de cesionarios en las cesiones múltiples realizadas sobre un mismo crédito, y ello porque si bien establece como criterio para la preferencia entre los cesionarios a la inscripción registral, también utiliza este medio de publicidad legal como mecanismo de oponibilidad frente al deudor cedido, presumiendo que éste la conoce por el solo hecho de la inscripción registral, lo cual constituye un craso error.

Para el logro de nuestro objetivo hemos dividido nuestro trabajo de investigación en cuatro capítulos.

En el primer capítulo se analizan los mecanismos legales utilizados para la transmisión de los créditos, y de las situaciones derivadas de esta misma clase de derechos, en otros ordenamientos jurídicos. Por ello, comenzamos nuestra investigación estudiando la forma como se resolvió, en el derecho romano, el problema de la transmisión de los créditos a título particular, para luego analizar la regulación de este mismo fenómeno en los sistemas jurídicos más importantes del mundo y que, de alguna forma, han ejercido influencia sobre el nuestro. Este estudio micro-comparativo, se realiza con la finalidad de describir las reglas utilizadas en otros ordenamientos para la regulación del conflicto de intereses que se crea en derredor de la doble o múltiple cesión

INTRODUCCIÓN

sobre un mismo crédito, poniendo especial énfasis en el criterio utilizado para elegir al cesionario con derecho preferente, entre varios, así como en las reglas básicas con las que se protege la posición jurídica del deudor cedido, quien generalmente no interviene en los diferentes actos de disposición sobre el crédito.

En el segundo capítulo, se describe el sistema general para la transmisión de los derechos de crédito en nuestro ordenamiento jurídico, el mismo que está regulado fundamentalmente en los arts. 1206° al 1216° del Código Civil de 1984, cuyo correcto entendimiento resulta imprescindible para una adecuada regulación del delicado juego de intereses que se crea cuando se dispone múltiples veces de mismo derecho de crédito. Para tal efecto, profundizaremos en el estudio de la figura de la cesión de créditos poniendo especial énfasis en los tres momentos decisivos de su desenvolvimiento, a saber: (i) su formación en la que intervienen el cedente y el cesionario; (ii) su eficacia que está referida al momento en el que el cesionario adquiere el derecho; y, (iii) la oponibilidad de este acto de disposición frente al deudor cedido.

En el tercer capítulo, se analiza detalladamente el art. 27° de la LGM, norma que regula dentro de nuestro sistema jurídico, el supuesto de hecho de la concurrencia de cesionarios y que se incrusta dentro del régimen legal de la cesión del crédito creando gravísimas consecuencias. Así, en la LGM encontraremos que la inscripción registral de la cesión resulta determinante para establecer el momento en que se transfiere el derecho de crédito y en el que resulta oponible al deudor cedido. Esta atípica regulación, ha creado múltiples efectos jurídicos, que en el capítulo en cuestión, estudiaremos detalladamente, para tener un panorama completo de las importantísimas alteraciones que se han generado (o podrían generarse) dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

INTRODUCCIÓN

Finalmente, en el cuarto capítulo describimos los principales defectos en los que ha incurrido la LGM al regular el supuesto de hecho de la concurrencia de cesionarios, los cuales tienen su origen, básicamente, en concebir al crédito como un bien mueble cualquiera, olvidando que este derecho es solamente el lado activo de una relación jurídica que está integrada, también, por una situación deudora que le es correlativa, la cual será indefectiblemente afectada. Esta, visión “cosificadora” del crédito, ha conllevado a que en la LGM no encontremos ni un solo artículo encaminado a proteger la posición jurídica o los legítimos intereses del deudor del crédito, que ha sido objeto de un acto de disposición, sea en cesión o en garantía mobiliaria. Puestos al descubierto, de esta manera, los graves errores en los que ha incurrido la LGM, al regular el supuesto de hecho de la concurrencia de cesionarios, y habiendo estudiado todas las aristas que este singular fenómeno jurídico tiene, al final del cuarto capítulo, formulamos una propuesta de reforma que, a nuestro criterio no es solamente importante, sino urgente.

Por último hemos expuesto nuestras conclusiones y las correspondientes recomendaciones.

Ciudad Universitaria, abril 2012

Jesús David VÁSQUEZ VIDAL

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y COMPARADOS DE LA CIRCULACIÓN DEL DERECHO DE CRÉDITO Y LA REGLA DE PREFERENCIA EN LA CONCURRENCIA DE CESIONARIOS

1.1. Un antecedente histórico a tomarse en cuenta: la *denuntiatio* y la “apropiación” del crédito por el *procurator in rem suam* en el derecho romano

En el Derecho Romano, las relaciones jurídicas de crédito (*obligationes*) eran por esencia inseparables de sus titulares originarios¹⁻², lo que implicaba la intransmisibilidad de las obligaciones de persona a persona. Esto se derivaba de la estructura típica de la “*actio in personam*”³ y de la concepción primitiva de

¹ OERTMAMN, Paul. “Transmisión de las obligaciones”. En *Revista de derecho privado*, Año X. Núm. 115. Abril de 1923, p. 99.

² En este sentido, Lacruz Berdejo ha afirmado que “(...) para los romanos de la época clásica, la relación obligatoria, considerada como vínculo personal que liga al acreedor y al deudor, no era susceptible de mutaciones subjetivas, porque tal vínculo era estimado como absoluta y estrechamente adherido a la persona, y se creía que el cambio de uno solo de los términos implicaba una variación del carácter del vínculo, una extinción de la primitiva relación obligatoria, la cual la nueva sustituía”: LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos del derecho civil*. Tomo II. Vol. 1. Parte General. Teoría General del Contrato. Barcelona: J. M^a Bosch Editor, S.A., 1994, pp. 218.

³ De acuerdo a Cannata, entre las formas del antiguo procedimiento romano, “(...) hay dos muy antiguas, a las que pueden ligarse los orígenes de nuestro procedimiento civil: una acción real (*legis actio sacramento in rem*) desarrollando un juicio sobre el litigio que concierne a la propiedad de una cosa, y una acción personal (*manus inectio*), que consiste en una vía de ejecución, por sujeción, del cuerpo del deudor insolvente”: CANNATA, Carlo Augusto. *Historia de la ciencia jurídica europea*. Traducción de Laura Gutierrez–Masson. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1996. pp. 26.

la obligación como un vínculo esencialmente personal⁴ caracterizado por la constricción corporal del deudor para el cumplimiento de la prestación⁵.

A decir de García Amigo, este *vinculum iuris* se sustanciaba “en un ligamen existente entre dos personas perfectamente determinadas, concebido como algo estático, en el que cualquier modificación entraña una extinción del mismo. Son los restos del antiguo formalismo romano. Y si, a pesar de la modificación, los interesados desean que la obligación, o mejor, su contenido persista, deben acudir a la novación, la cual reencarna el mismo débito en otra forma jurídica”⁶.

En efecto, para operar un cambio *inter vivos* en cuanto a alguno de los sujetos de la obligación, se requería un acuerdo novatorio, que implicaba extinguir el vínculo obligatorio original y constituir una nueva obligación de idéntico contenido, para lo cual era necesario contar con la intervención del deudor que prometiera cumplir la nueva deuda a favor del nuevo acreedor. Si bien objetivamente la nueva obligación era idéntica a la anterior en cuanto a su sustancia material (prestación), se perdía la forma jurídica de la obligación

⁴ En este sentido Bianca afirma que “[l]a cedibilità del credito non era conosciuta dal diritto romano in quanto contrastante con l'originaria concezione dell'obbligazione quale vincolo personale. Ma con l'evolversi dell'obbligazione nel senso di un rapporto patrimoniale di dare ed avere si avvertiva l'esigenza di poter disporre del credito quale diritto patrimoniale e di poterlo quindi attribuire ad altro”: BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile. IV. L'obbligazione*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1990, p. 572.

⁵ Como bien señala Ángel Cristóbal Montes, “(...) en las fases más primitivas el *obligatus* es una persona que está bajo el poder personal del acreedor como seguridad de una deuda propia o ajena; esto es, la *obligatio* se encuentra más cerca de la idea de garantía que la del débito. Persona *obligata* es noción paralela a la de *res obligata*, y en ambos casos se quiere resaltar la idea de la sujeción material, del poder físico del acreedor sobre el sujeto o sobre la cosa”. Empero, no podemos dejar de mencionar, como lo hace el mismo Cristóbal Montes, que “Aunque subsista durante bastante tiempo aún la ejecución personal sobre los deudores, éstos dejan de estar sujetos domésticamente al acreedor desde el nacimiento mismo de la obligación, ocupando su lugar los bienes mismos (*bona debitoris, non corpus*), según dispuso la *lex Poetelia*. Momento en el que, en palabras de Bonfante, la relación obligatoria asume su configuración moderna, al admitirse que la garantía de su cumplimiento no viene dada ya por la sujeción de la persona, sino por la afectación del patrimonio”: CRISTÓBAL MONTES, Ángel. *La estructura y los sujetos de la obligación*. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1990. pp. 107–108.

⁶ GARCÍA AMIGO, Manuel. *La cesión de contratos en el derecho español*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1964. p. 95.

originaria⁷, ya que era sustituida por una *nova obligatio*⁸, por lo que desaparecían todas las garantías, preferencias y ventajas propias de la relación primitiva (anterior).

Sin embargo, la jurisprudencia romana, moviéndose desde el concepto de "*successio in ius*"⁹, sí concebía el subingresso del heredero en la misma posición jurídica que el difunto o causante tenía, lo que implicaba sustituirlo también en sus obligaciones, tanto en el lado activo y como en el pasivo, pero limitadas en la totalidad de derechos y relaciones patrimoniales que propiamente se transfieren al heredero —es decir, "*per univesitatem*"-. Pero, faltaba una base para la transferencia por acto *inter vivos* a título particular de las obligaciones.

Las exigencias prácticas conectadas al desarrollo del tráfico mercantil y de la economía mobiliaria requirieron que las obligaciones fueran comerciables¹⁰, es decir, transferibles de persona a persona. Para conseguir este fin, originalmente se recurrió, como ya se ha dicho, a la novación, en la especie de la "*delegatio*"¹¹, pero de esta manera no se actuaba, desde el punto

⁷ OERTMANN. "Transmisión de las obligaciones". Op. Cit., p. 99.

⁸ LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos del Derecho Civil*. Ob. y Vol. Cit., p. 219.

⁹ En este sentido Emilio Betti ha escrito: "Conviene a este propósito recordar que el concepto de *successio in ius* aparece en el derecho romano clásico, en el campo de lo que hoy se llama sucesión a título universal, y que su extensión a la modificación de una relación jurídica, que hoy se llama sucesión a título particular, fue el producto de una doctrina postclásica, que ya se encuentra en la compilación justiniana": BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*. Tomo II, Traducción y notas de Derecho español por José Luís de los Mozos. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, p. 198.

¹⁰ En efecto, como correctamente se ha expresado, los romanos percibieron que el objeto de la obligación debía ser patrimonial o al menos patrimonializable, para que pueda ser garantizado eficazmente por los bienes del deudor. Así, según García Amigo, "[e]ste hecho produce la objetivación de los créditos, que constituyan un valor económico por sí, que se patrimonialicen ellos mismos. Y como tales valores económicos, el tráfico de los bienes demandó su transmisibilidad, la derivación de la titularidad de unas personas a otras." GARCÍA AMIGO, Manuel. *La cesión de contratos en el derecho español*. Op. Cit., p. 97.

¹¹ Ha definido A. Ramos la figura de la delegación en los siguientes términos: "En general hay delegación siempre que una persona, delegado, por encargo o invitación (*issum*) de otra, delegante, accede a hacer a un tercero, delegatario, una promesa o a realizar a su favor una prestación". Citado por GARCÍA AMIGO. *La cesión de contratos en el derecho español*. Op. Cit. p. 99.

de vista jurídico, una transmisión del derecho de crédito, sino la constitución de una nueva obligación que sustituía a la originaria, que requería la colaboración del deudor.

Sin innovar respecto al principio de la intransmisibilidad de las obligaciones, los romanos recurrieron a otra herramienta, a saber, la representación jurídica indirecta¹², reconocida en el procedimiento “formulario”¹³, para actuar, también indirectamente, la cesión de un crédito sin la cooperación del deudor. Así, el acreedor originario constituía al adquirente como propio “*procurator*” (o “*cognitor*”), es decir, representante en juicio, autorizándolo a ejercitar el derecho en su propio beneficio, reteniendo para sí la suma cobrada (*procurator in rem suam*¹⁴).

¹² En efecto, como lo explica Betti, el derecho romano, al mantener firme la idea de la inherencia de la *obligatio* a la persona, no admitía sucesión a título particular en una relación obligacional, se vio forzado a suplir tal deficiencia, respecto a la sucesión del crédito, con el remedio de considerar al cesionario como un *procurator in rem suam* respecto del cedente, pudiendo reclamar en juicio contra el deudor como sustituto procesal, haciendo valer un crédito ajeno, pero en interés propio: BETTI, Emilio. Op. Cit., p. 201.

¹³ Sobre el particular, Georges Ripert y Jean Boulanger afirman que la cesión de derechos moderna no es sino una antigua institución romana que descende de la *procuratio in rem suam*. Así los romanos habían partido de la idea de que los créditos eran intransmisibles, pero después del establecimiento del procedimiento formulario, admitieron que podía hacerse ejercer la acción judicial por medio de un *procurator*. Al dispensar a ese mandatario de dar cuentas, se le permitía que guardara para sí lo que obtuviese del deudor; se hacía de él casi un cesionario del crédito. La operación era todavía frágil e imperfecta por dos razones: 1) el mandato terminaba con la muerte del mandante; y, 2) hasta la *litis contestatio* (ejercicio de la acción) se presumía que el crédito pertenecía al mandante, quien podía disponer de él y extinguirlo. RIPERT, Georges-BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo V. *Obligaciones* (2ª parte). Buenos Aires: La Ley, 1965, pp. 454-455. En este mismo sentido Topasio Ferretti, afirma que: “Una vez desarrollado el proceso formulario, la falta de cesión se salvaba mediante un mandato judicial. Así, si un acreedor quiere ceder su crédito, le confiere mandato para que él litigue y cobre judicialmente la deuda. Se da aquí la particularidad de que el mandatario obra en nombre del mandante pero en beneficio propio (*procurator in rem suam*)”: TOPASIO FERRETTI, Aldo. *Derecho romano patrimonial*. Primera edición. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 1992, p. 174.

¹⁴ La figura del *procurator in rem suam* consistía en que “(...) el acreedor –mediante mandato- otorgaba al *procurator* o mandatario un poder o facultad para ejecutar ante el pretor la *actio* que protege jurídicamente el crédito, es decir, para exigir del deudor el cumplimiento de la prestación o de sus subrogados”. GARCÍA AMIGO. Op. Cit. p. 101. En esta misma línea de pensamiento Oertmann nos dice que “[c]omo recurso auxiliar para estos fines empieza a utilizarse en el comercio jurídico el mecanismo de la representación procesal: el acreedor nombra a aquel a quien pretende beneficiar con la prestación debida su representante, para que haga valer en juicio este crédito, autorizándole al mismo tiempo para retener como suyo cuanto

Este recurso consentía que el “cesionario” ejercitara la acción personal propia del cedente, conservando casi todos los accesorios y todas las garantías, sin liberar al deudor de la mora y de sus efectos, y sin necesidad de obtener su asentimiento a la transferencia del crédito. Sin embargo, quedaba aún el inconveniente que el cesionario adquiría el derecho de crédito nominalmente, es decir, solamente para el acto de la “*litis contestatio*”, cuya eficacia le procuraba el dominio de la litis, mientras aquel tuviera la figura de mandatario –representante- del acreedor. En consecuencia, hasta antes de aquel momento el cedente-mandante conservaba la titularidad del derecho, del cual todavía podía disponer novando, condonando, exigiendo el debito¹⁵, etc., todo en daño del aparente cesionario – *procurator*. De otra parte, también el deudor ignorando la cesión podía pagar al cedente-mandante con plena eficacia liberatoria; además la relación de mandato podía ser siempre revocada unilateralmente, y era susceptible de extinguirse por la muerte de una de las partes.¹⁶

de este modo pueda obtener (*procurator in rem suam*)”: OERTMANN, Paul. “Transmisión de las obligaciones”. Op. Cit., p. 100.

¹⁵ Sobre el particular se ha anotado: “Aparte de que, aun mientras se mantenía en vigor la relación de mandato, nada había que impidiese al mandante exigir del deudor la prestación debida, privando con ello de toda eficacia a las facultades del mandatario frente al deudor”: OERTMANN, Paul, “Transmisión de las obligaciones”. Op. Cit. p. 100.

¹⁶ Sobre el particular, Vincenzo Arangio Ruiz expresa inmejorablemente que: “Un medio mas idóneo se tuvo cuando se introdujo la costumbre de que la persona a la cual el acreedor quería ceder la obligación, recibiese de él el mandato de obrar en contra del deudor; el cesionario se comportaba en este caso como cualquier otro representante (*procurator*), pero por el fin de ventaja propia a que el aparente representante tendía, se acostumbraba llamarlo *procurator in rem suam*. A tal fin servía el principio de la representación indirecta, en virtud de la cual la formula llevaba la condena en favor del *procurator*; así después de la *litis contestatio* el titular civil del crédito (cedente) no podía ya interponerse entre el cesionario y el deudor. Subsistía el doble efecto de que mientras el cesionario no ahí itera intentado la acción, el cedente habría podido obrar por si mismo y que con la revocación o con la muerte del mandante (cedente) el mandato se extinguía. Sin embargo, en el derecho clásico el medio descrito tuvo amplia difusión, y solo para cesiones voluntarias.” ARANGIO RUIZ, Vincenzo. *Instituciones del derecho romano*. Traducción de la décima edición por José M. Carames Ferro. Buenos Aires. Editorial Depalma, 1952, pp. 448- 449

Ante todos estos problemas, un ulterior y decisivo paso fue dado con el reconocimiento de una “*actio*¹⁷ *utilis*”¹⁸ al cesionario-*procurator*, de tal manera que este quedara legitimado para actuar no como el mandatario del cedente, sino a nombre propio, sustrayendo al adquirente del crédito a la incerteza que derivaba de la situación de *procurator in rem suam*. Para ello bastaba que se notifique al deudor de la existencia del acto de cesión, lo que se denominó la *denuntiatio*. En este sentido, de acuerdo a Topasio Ferretti, “[p]or una constitución de Alejandro Severo (probablemente interpolada por los bizantinos recopilada en Código 8, 6 (17), 4, se establece el instituto de la *denuntiatio* o notificación de la transferencia, disponiéndose que realizada por el cesionario al deudor, éste ya no podrá pagar con efecto liberatorio a su primer acreedor”¹⁹.

Entonces, tenemos que el cesionario-*procurator* podía ejercitar una acción propia –*actio utilis*– y, además, evitar que el crédito se perjudique por actos en los que intervenga su cedente-mandante a través de la *denuntiatio* o notificación al obligado-cedido. Razón por la cual, para efectos prácticos, se convertía en el nuevo titular del crédito.

Sin embargo, si bien las características principales de la cesión de créditos actual fueron pensadas de alguna forma en el derecho romano,

¹⁷ Debemos recordar que “La palabra *actio* se refería, en efecto, a un conjunto de frases y –una especie de escenario– que las partes ejecutaban ante el magistrado (y en este época el *rex*) para el que estaban previstas también las réplicas. (...) la *actio*, con su simulacro de lucha, le permitía una intervención de derecho público en materia de derecho privado, por iniciativa de un particular; ello significa que la creación de tales formas de actuación generó la noción de jurisdicción (*iurisdictio*)”: CANNATA, Carlo Augusto. Op. Cit., p. 28-29.

¹⁸ “La evolución del Derecho romano en sus últimos tiempos consigue superar también, en gran parte al menos, estos inconvenientes [referidos a la *procurator in rem suam*]. Lo que se hace es atribuir al *procurator in rem suma* una acción propia (*utilis*) contra el deudor, con eficacia sustraída a cuantos eventos afecten a la persona misma del acreedor (mandante). Con lo cual logra imponerse la idea de una verdadera cesión o transmisión de los créditos. Al menos de hecho”: OERTMANN, Paul. “Transmisión de las obligaciones”. Op. Cit., pp. 100.

¹⁹ TOPASIO FERRETTI, Aldo. *Derecho romano patrimonial*. Op. Cit. p. 174. En este mismo sentido los MAZEAUD nos dicen que “[e]n efecto se le dio al cesionario el medio de evitar que el cedente desleal se hiciera pagar por el deudor pese a la cesión; para ello bastó con que el cesionario le dirigiera una *denuntiatio* al deudor o con hacerle intervenir al obligado en el acto de cesión”: MAZEAUD, Henri, León y Jean. *Lecciones de derecho civil*. Parte Segunda. Volumen III. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América, 1960, p. 477.

también es cierto que los romanos jamás llegaron a concebir la libre cedibilidad de los créditos²⁰, toda vez, que la figura del *procurator in rem suam* siguió siendo utilizada²¹ (es decir, el cesionario siempre se presentaba como un representante del titular original del crédito, aunque con una acción propia – *actio utilis*- en ciertos casos). Empero, como podemos observar, los efectos prácticos con respecto a la cesión “actual” o “moderna” serían en los hechos casi los mismos²².

En este sentido, la figura romana del *procurator in rem suam* con acción propia –*actio utilis*- vendría a ser el origen de la cesión de créditos actual, esta figura jurídica fue codificada por primera vez en el *Code Civil* francés de 1804²³ (que influenció en el Código Civil peruano de 1936), cuyo modelo ha circulado hacia Latinoamérica a través del Código Civil español de 1889 y, posteriormente, mediante el *Codice Civile* italiano de 1942 (que es la fuente, en materia de cesión de créditos, del Código Civil peruano de 1984).

²⁰ “Il diritto giustiniano infine, riconobbe in via generalizzata il ricorso all’*actio utilis*, ma non proclamò formalmente il principio della libera cedibilità dei crediti”: BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile. IV. L’obbligazione*. Ob. Cit., pp. 572-573.

²¹ En este sentido Von Tuhr, nos dice que mediante esta modalidad de apoderamiento llamado *mandatum in rem suam* se desarrolló en el derecho romano clásico el régimen de la cesión de créditos, empero, éste “no llegó a su completa perfección hasta los derechos modernos: aquí el adquirente del crédito no es ya representante (*procurator in rem suam*) del acreedor originario, sino sujeto de crédito que se le transmite por medio de un acto de sucesión jurídica”: VON THUR, Andreas. *Tratado de derecho civil alemán. Obligaciones*. Tomo V. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2005, pp. 285-286.

²² En este sentido Larruomet, también admite que en el derecho romano, aunque muy tardíamente, llegó a considerarse la transmisibilidad entre vivos de la obligación. Así, este autor afirma: “aun después, de haber contemplado la cesión de crédito dentro del marco de un mecanismo en virtud del cual el cesionario del crédito era un mandatario que hacía valer por sí mismo el crédito de otro, el del cedente (*procuratio in rem suam*), sólo muy tardíamente terminó por considerar la cesión tal como se concibe hoy en día, es decir, realizando una transmisión a título particular del crédito, sin extinción de un vínculo de obligación y sin la creación de un nuevo vínculo entre cedido (el deudor del crédito transmitido) y el cesionario”: LARROUMET, Christian. *Teoría general del contrato*. Vol. I. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1993, p. 20.

²³ “Así, a través de una lenta evolución, el mandato primitivo se transformó en un procedimiento que permitía la transmisión activa de los créditos, procedimiento que constituye el origen de la cesión de créditos de los artículos 1.679 y siguientes del Código Civil francés”: MAZEAUD, Henri, León y Jean. *Lecciones de derecho civil*. Ob. y Vol. Cit., p. 477.

1.2. La concurrencia de cesionarios en los sistemas jurídicos que han ejercido influencia en nuestro ordenamiento jurídico

1.2.1. Francia

Como bien lo afirma Larruomet, el derecho civil francés, influenciado por las corrientes alemanas del siglo XIX que veían el centro de gravedad de la obligación en su objeto (la prestación a cumplir) antes que en un mero vínculo entre personas, llevó a poner evidencia en el hecho de que la obligación es un elemento del patrimonio y representa un valor dentro del mismo. Así, desde el punto de vista del acreedor, se trata de un elemento que debe figurar en el activo del patrimonio, mientras que desde el punto de vista del deudor, se trata de un elemento que figura en el pasivo del patrimonio²⁴.

Enfocado desde esta perspectiva, el *Code Civil* de 1804 admitió la cesión del crédito mediante un simple contrato de compraventa entre el acreedor cedente y el cesionario adquirente, sin que sea necesario el consentimiento del deudor (como es de verse de los arts. 1.689 al 1.701 del *Code Civil* francés).

De otro lado, en el sistema francés también se admite la posibilidad de constituir gravámenes sobre créditos, como es la prenda sobre créditos regulada en los arts. 2.075, 2.080 y 2.081 del *Code Civil*.

En este sentido, los dos actos de enajenación por antonomasia sobre el crédito están regulados en el sistema francés, el cual ha previsto además reglas específicas para cuando estos actos enajenativos concurren sobre un mismo objeto (crédito) a efectos de preferir al adquirente del crédito (en el caso de

²⁴ LARROUMET, Christian. Op. Cit., p. 21. En este mismo sentido, Planiol y Ripert afirman que “la transmisión de las obligaciones era en principio irrealizable, como se observa en las legislaciones primitivas. Era una consecuencia lógica de la noción que se tenía de las obligaciones, o sea una relación o ligamen especialmente personal, que no puede sobrevivir a una variación en la individualidad del acreedor o del deudor. Progresivamente, esa idea ha dejado paso a la consideración del aspecto económico de la obligación o el valor, de transmisión”: PLANIOL, Marcelo-RIPERT, Jorge. *Tratado práctico de derecho civil francés*. Tomo VII. Las Obligaciones (segunda parte). Traducción española del Dr. Mario Díaz Cruz. La Habana: Cultural S.A., 1946. p. 421.

cesiones múltiples) o al acreedor pignoraticio con derecho preferente (en el caso de la prenda sobre créditos).

Sobre el particular resulta de vital importancia poner en evidencia que en el sistema francés, para que los actos de disposición sobre el crédito produzcan efectos contra el deudor del crédito enajenado o contra terceros distintos a éste, necesariamente debía realizarse un acto posterior al acuerdo, consistente en la notificación.

En este sentido, en materia de cesión de créditos los arts. 1.690 y 1.691 del *Code Civil*, textualmente prescriben:

*“Art. 1.690. El cesionario no recibe la posesión, con respecto a terceros, **sino por la notificación de la transmisión, hecha al deudor.***

No obstante, el cesionario puede entrar en posesión igualmente por la aceptación de la cesión, formulada por el deudor en un documento auténtico” (evidenciados nuestros).

“Art. 1.691. Si, antes de que el cedente o el cesionario le hayan notificado al deudor la transmisión, este le hubiera pagado al cedente, quedará liberado válidamente”.

A su vez, en la prenda sobre créditos el art. 2.075 del mismo cuerpo normativo dice:

*“Art. 2.075. El privilegio expresado en el artículo precedente [art. 2.074 y 2.073 sobre la prenda] no se impone sobre los muebles incorporales, tales como los créditos mobiliarios, sino por documento público o privado, también registrado, **y notificado al deudor del crédito dado en prenda**” (evidenciado nuestro).*

En consecuencia, es de verse que para que se efectivice la enajenación sobre el derecho de crédito en el sistema francés se requiere que de alguna

forma el deudor del derecho afectado tenga un conocimiento (legalmente calificado a través de un procedimiento) sobre la transmisión del crédito o la constitución del derecho de garantía. Ahora bien, las dos formalidades legales previstas en el ordenamiento francés son la “aceptación por documento auténtico”²⁵ y la notificación. Aunque esta última, a decir de Planiol y Ripert, es el procedimiento más usado, por ser menos costoso para las partes²⁶.

Si bien existía en la doctrina francesa cierta confusión con respecto al momento en de verificación de la transmisión²⁷, lo cierto es que unánimemente ha terminado aceptándose que para que la transmisión se haga efectiva frente al deudor (lo cual constituye el instante real en el que el cesionario adquiere la facultad de exigir la prestación, es decir el crédito) y con respecto a terceros, es en el momento en que se hace efectiva la notificación o la aceptación.

En este orden de ideas, producidos cualquiera de estos eventos (es decir, después de realizada la notificación o la aceptación), el cedente queda fuera de las relaciones obligatorias respecto a todos, el cesionario es el único que posee la condición de acreedor: sólo él podrá recibir el pago, realizar actos de disposición, dar lugar a excepciones a favor del cedido²⁸.

²⁵ Debemos recordar que la aceptación es una simple confesión que hace el deudor del conocimiento que tiene sobre la celebración del acto de cesión. Asimismo, la exigencia de que sea un documento auténtico, en el derecho francés ha sido entendida como su incorporación a un instrumento público, razón por la cual en la mayor parte de los casos se prefiere la notificación. Así, PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. Op. Cit., p. 441.

²⁶ RIPERT, Georges-BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil*. Ob. y Vol. Cit., p. 439.

²⁷ Por ejemplo RIPERT y BOULANGER. Ob. Cit., p. 459, nos dicen, de un lado, que “el cesionario adquiere, desde el momento de la conclusión del contrato, la calidad de acreedor” y, de otro, que “[h]asta la aceptación o la notificación, el cedente continua siendo titular del crédito; el cesionario no es considerado como acreedor. El cesionario solamente tiene derecho de realizar actos conservatorios, asimilándolo la jurisprudencia a un acreedor bajo condición suspensiva” (Op. Cit., p. 463). Esta posición es abiertamente incoherente ya que en todo momento el derecho de crédito debe tener un único titular no pudiendo ser considerados cedente y cesionario como simultáneos titulares del derecho.

²⁸ PLANIOL, Marcelo-RIPERT, Jorge. Op. Cit., p. 457.

Así lo sostiene PLANIOL, para quien, “la notificación constituye, por tanto, el momento decisivo: fija definitivamente, respecto al cesionario, la situación que para él resulta de los actos realizados por el cedente. No sólo impide que éste, por medio de actos posteriores, afecte el valor del crédito, sino que también impide que puedan variarse, en perjuicio del cesionario las consecuencias de las relaciones jurídicas que habían existido entre el deudor y su primitivo acreedor”²⁹. Como puede verse, en el ordenamiento francés el hecho de la notificación influye en el pago y sirve a impedir que en lo adelante se realice a favor de alguien que ya no es titular del crédito³⁰.

Vistas así las cosas, el único ámbito de acción para los casos de disposiciones múltiples del cedente sobre el crédito, es aquel comprendido entre la celebración de aquellos actos y antes que se hayan realizado las formalidades prescritas en el art. 1690º del *Code Civil*. En efecto, como lo afirma una autorizada opinión, “[p]ara determinar el efecto de la cesión con respecto a los terceros, es necesario distinguir dos periodos sucesivos: uno, anterior a la notificación o la aceptación; el otro posterior a ella”³¹.

En efecto, si ya se “notificó” o “aceptó” el acuerdo de cesión, el cedente ya no podrá disponer del crédito, porque es un objeto que ya no está en su patrimonio; mientras que antes de aquellos actos el cedente puede realizar cualquier acto de disposición del crédito sobre el cual ya se hubiera celebrado otros actos de disposición (aun no eficaces); como por ejemplo cederlo nuevamente o darlo en prenda a otras personas, las cuales, sin embargo, no se considerarán como titulares de derechos adquiridos *a non domino*, sino que podrán oponerlos al cesionario anterior y vencerle, siempre que hubieran observado antes que él las formalidades de los arts. 1690º ó 2075º. La fecha de

²⁹ PLANIOL, Marcelo-RIPERT, Jorge. Op. Cit., pp. 456-457.

³⁰ “Por tanto, ha de hacerse a aquel que tiene facultades para decidir sobre el pago: normalmente –y el artículo 1690 sólo se refiere a esa situación- será el deudor, ya que por regla general es el que paga; pero si un tercero tiene facultades para efectuar el pago en su lugar, a éste habrá que notificar la cesión”: PLANIOL, Marcelo-RIPERT, Jorge. Op. Cit., p. 438.

³¹ RIPERT, Georges-BOULANGER, Jean. Op. Cit., p. 463.

la realización de esas formalidades es la que resuelve el conflicto entre los diversos causa–habientes del cedente con relación a un mismo crédito³².

Como puede observarse, en el ordenamiento francés existe una perfecta correspondencia entre las formalidades que hacen eficaz el acuerdo de cesión y los criterios de preferencia a utilizar cuando varios cesionarios pretendan adquirir el crédito de diversas fuentes negociales. En este sentido, el acto que cumplió primeramente con las formalidades para ser eficaz prevalecerá sobre los posteriores (como resulta lógico), ya que aquella ha producido una situación jurídica inatacable y perfectamente regular. En este sentido los Mazeaud, aunque con algunas imprecisiones, son enfáticos en afirmar que: “En el conflicto que oponga a los diferentes cesionarios, debe triunfar no el que haya adquirido primero el crédito, sino aquel cuya cesión haya sido primeramente objeto de una de las medidas de publicidad del artículo 1.690 del Código Civil”³³.

El problema se presenta, sin embargo, cuando el (o los) segundo(s) cesionarios conocían sobre la existencia de un acuerdo de cesión previamente celebrado pero que aún no había cumplido con la formalidades legales para alcanzar eficacia, y aprovechándose de que aún no se había producido el efecto traslativo celebra y notifica el (segundo) acuerdo de cesión. En este escenario, los terceros ajenos al acuerdo de cesión podrían perjudicar el acuerdo ya celebrado, lo cual resultaría indiferente, siempre y cuando, aquellos no hayan conocido el acto de disposición anterior al crédito.

Ahora bien, para la doctrina francesa, cuando el segundo cesionario actúa a sabiendas de la existencia de un acto dispositivo anterior, su acuerdo de cesión será nulo, en aplicación del principio *fraus omnia corrumpit*. En efecto, “[el acto fraudulento, cometido gracias al conocimiento de la cesión no notificada ni aceptada y con el propósito de desvirtuarla, se considera nulo y la

³² PLANIOL, Marcelo-RIPERT, Jorge. Op. Cit., p. 456.

³³ MAZEAUD, Henri, León y Jean. *Lecciones de derecho civil*. Ob. y Vol. Cit., p. 503.

cesión adquiere toda su eficacia respecto al autor del fraude. El segundo cesionario que, en connivencia con el cedente, trata de privar al primero de los beneficios de su adquisición, ve anularse su propia adquisición y con ello la primera le es oponible. Así, el conocimiento de hecho aprovechado en caso de fraude, suple las formas exigidas, pero únicamente en consideración del fraude y a título de sanción”³⁴.

De otro lado, si el segundo cesionario (actuando por negligencia o dolo) notifica su acuerdo de cesión y adicionalmente recibe el pago del deudor, el crédito se habrá extinto y de nada serviría “anular” por fraude el acuerdo de cesión, ya que el vínculo no resurgirá para el deudor quien pagó con plenos efectos liberatorios. En este caso, el cesionario que ha visto frustrada la adquisición de su derecho, aún le quedará un remedio pero de carácter resarcitorio, en aplicación del art. 1382^o³⁵ del *Code civil*.

En efecto, sobre el particular la doctrina francesa sostiene que: “Según el derecho común tendrá que indemnizar al cesionarios por los perjuicios que le ha causado cuando al privarlo de sus derechos como acreedor. Es mucho más sencillo entender que le perjudica no obstante su imperfección, la cesión que conocía, no ya atendiendo al simple conocimiento sino por la culpa cometida y a título de reparación”³⁶.

Como es de verse en el sistema francés, la presencia del deudor cedido como uno de los centros de intereses referentes para la regulación resulta imprescindible, toda vez que la notificación o la menos usada “aceptación”, constituyen los momentos determinantes para la plena eficacia del acto de disposición sobre el crédito, máxime, porque antes de ella el deudor cedido puede liberarse ejecutando la prestación a favor del acreedor original (cedente)

³⁴ PLANIOL, Marcelo-RIPERT, Jorge. Op. Cit. pp. 442–443.

³⁵ “Art. 1.382. Todo hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a repararlo a aquel por culpa del cual haya sucedido”.

³⁶ PLANIOL, Marcelo-RIPERT, Jorge. Op. Cit., p. 443.

o del cesionario que primero haya notificado, lo cual implica –tácitamente- proteger su posición jurídica reconociendo su derecho a liberarse del vínculo obligatorio sin que los actos de disposición realizados por el acreedor-acreedor puedan perturbarlo.

1.2.2. Alemania

El Código Civil Alemán (BGB) es, desde luego, uno de los modelos arquetípicos para la construcción moderna de la figura de la cesión de créditos, toda vez que de sus dispositivos legales se han tomado muchos de los elementos principales que la caracterizan. Sin embargo, la regulación de la cesión en este cuerpo normativo gira en torno a la idea de que la cesión es un acto de disposición sobre el crédito que produce efectos automáticos o inmediatos a su mera realización. Es decir, que solamente basta el acuerdo entre el acreedor (cedente) y un tercero (cesionario) para transmitir el derecho. Esto se desprende del § 398 del BGB, que textualmente dice:

“Un crédito puede ser transmitido por el acreedor mediante contrato con otra persona. **A la conclusión del contrato el nuevo acreedor ocupa la posición del antiguo acreedor**” (evidenciado nuestro).

La conocida acuciosidad con la que se redactó el BGB, no ha dejado cabos sueltos con respecto a los principales problemas que se presentan en la transmisión de un crédito, tomando en cuenta -como no podía ser de otra manera- los tres intereses en juego que confluyen en esta figura, a saber, los del acreedor, del deudor y del tercero adquirente, que es el cesionario. En este sentido, se han previsto reglas que permiten excluir la transmisión del crédito³⁷, la conservación de la identidad objetiva del derecho a través de la transmisión

³⁷ “§ 399.- Un crédito no puede ser cedido si la prestación no puede efectuarse a favor de otro acreedor que no sea el acreedor original sin alteración de su contenido, o si la cesión está excluida mediante acuerdo con el deudor”.

“§ 400.- Un crédito no puede ser cedido si no es susceptible de embargo”.

de los derechos secundarios, accesorios o subordinados al crédito³⁸, las obligaciones accesorias del acreedor cedente³⁹, las objeciones que puede interponer el deudor cedido⁴⁰ así como su derecho de compensación frente al nuevo acreedor⁴¹. Siendo, además, los parágrafos que regulan esta sección, un régimen general para la transmisión de otros derechos en cuanto le sea aplicable a su régimen legal⁴².

Sin embargo, a efectos de esta investigación nos limitaremos a explicar sucinta, aunque concienzudamente, la regla utilizada para solucionar el supuesto de la concurrencia de acreedores en los casos de cesiones múltiples.

En este sentido, una referencia a la cesión múltiple la encontramos en el §408° del BGB, el cual textualmente dice:

“§ 408. 1. Si un crédito es cedido otra vez por el antiguo acreedor a un tercero y si el deudor realiza la prestación a favor de un tercero, o si emprende un negocio o hay pendiente un litigio entre el deudor y dicho

³⁸ “§ 401.- 1. Con el crédito cedido los derechos de hipoteca, hipoteca naval o prenda que existan debido a él, como los derechos que surjan de una fianza establecida para él mismo, pasan al nuevo acreedor. / 2. El nuevo acreedor puede también hacer valer cualquier derecho de preferencia relacionado con el crédito en caso ejecución forzosa o de concurso”.

³⁹ “§ 402.- El antiguo acreedor está obligado a proporcionar al nuevo acreedor toda la información necesaria para hacer valer el crédito y a entregarle todos los documentos que sirvan como evidencia del crédito, si se encuentran en su posesión”.

“§ 403.- El antiguo acreedor realizará, previa petición, a favor del nuevo acreedor un documento públicamente autenticado de cesión. El nuevo acreedor soportará y anticipará los gastos”.

⁴⁰ “§ 404.- El deudor puede oponer al nuevo acreedor todas las objeciones que, en el momento de la cesión del crédito existiesen contra el antiguo acreedor”.

⁴¹ “§ 406.- El deudor puede también compensar frente al nuevo acreedor un crédito existente que el deudor tenga contra el antiguo acreedor a menos que tuviese conocimiento de la cesión en el momento de la adquisición del crédito o a menos que el crédito no venciese hasta después de que hubiese adquirido dicho conocimiento y con posterioridad al crédito cedido”.

⁴² “§ 413.- Las disposiciones relativas a la transmisión de créditos se aplican *mutatis mutandis* a la transmisión de otros derechos a menos que la ley establezca otra cosa”.

tercero, las disposiciones del párrafo 407⁴³ se aplican *mutatis mutandis* a favor del deudor frente al más antiguo adquirente”.

“§ 408.2. Lo mismo se aplica si el crédito cedido vuelve a cederse a un tercero mediante orden judicial, o si el antiguo acreedor reconoce frente al tercero que el crédito cedido se transfiere al tercero por disposición de la ley”.

Como puede apreciarse, el BGB no considera que el supuesto de las enajenaciones múltiples de un mismo crédito, merezca una regla especial que determine la titularidad sobre el derecho transmitido, ya que el crédito pertenecerá siempre a quien se le haya cedido primeramente, toda vez que la transferencia ocurre con la conclusión del primer contrato de cesión (como lo dispone el párrafo 398). Por esta razón, las únicas referencias relativas a la concurrencia de cesionarios las encontramos entre los preceptos protectores del deudor entre los cuales se encuentran los §407 y §408, los cuales giran en torno a la idea directriz de que el deudor, al no intervenir en la trasmisión del derecho, puede legítimamente desconocerla en absoluto⁴⁴, circunstancia que no lo perjudica. En este sentido, el §407 establece que si el deudor antes de tener noticia de la cesión, realiza algún acto referido al crédito con el antiguo acreedor (pago, transacción, compensación, etc.), podrá oponérselo al nuevo acreedor (cesionario) liberándose del vínculo obligatorio, salvo que el cesionario pruebe que el deudor sabía la existencia de la cesión. Esta regla de protección

⁴³ “§ 407.- 1. El nuevo acreedor debe dejar valer una prestación realizada por el deudor a favor del antiguo acreedor después de la cesión, o cualquier negocio jurídico emprendido por el deudor y el antiguo acreedor respecto a la deuda principal después de la cesión, a menos que el deudor supiese de la cesión en el momento de la prestación o en el momento de celebrar el negocio jurídico. / 2. Si en un litigio entre el deudor y el antiguo acreedor posterior a la cesión ha recaído una sentencia firme sobre el crédito, el antiguo acreedor está obligado por la sentencia, a menos que el deudor supiese de la cesión en la fecha en la que comenzó el litigio”.

⁴⁴ En este sentido, Enneccerus señala que: “Como quiera que la cesión misma del crédito se transfiere al nuevo acreedor, pero acaso el deudor lo ignora en absoluto, son menester disposiciones especiales de protección que le amparen contra el desconocimiento de la cesión”: ENNECCERUS, Ludwig- KIPP, Theodor-WOLF, Martin. *Tratado de derecho civil*. Tomo II. *Derecho de las obligaciones*. Traducción del Alemán por Blas Pérez Gonzales y José Alguer. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1954, p. 398.

al deudor se extiende al § 408, que alude al conflicto que se presenta cuando el deudor cedido, desconociendo la primera cesión, ejecuta la prestación a favor de un segundo pseudo-cesionario o realiza con este algún negocio relativo al crédito.

Sobre el particular Dieter Medicus ha señalado que:

“2. El § 408,1 extiende al § 407 al supuesto de la cesión múltiple: G podía haber cedido inicialmente (con eficacia) a A su crédito frente a S y después cederlo de nuevo a B. Entonces esta segunda cesión –porque se realiza por un [no] acreedor- es ineficaz, por tanto el acreedor de S es A. pero cuando S sólo conoce la cesión a B, con arreglo al §408,I, puede invocar el § 407 frente a A, por las medidas adoptadas con B respecto al crédito (cumplimiento, etc.).

3. El § 408,II amplía el § 408,I a los supuesto de transmisión del crédito por ejecución forzosa o en fuerza de una ley (...): también aquí se protege la confianza del deudor en la eficacia de la transmisión, cuando esta se frustra porque el primer acreedor haya cedido ya el crédito ‘silenciosamente’ a otro”⁴⁵⁻⁴⁶.

De esta misma opinión es Karl Larenz, quien comentando este mismo párrafo expresa:

“Son aplicables los preceptos del §407 en el caso de que el acreedor habiendo cedido ya el crédito lo cede otra vez a un tercero y el deudor

⁴⁵ Sobre este segundo supuesto el autor alemán citado expone el siguiente ejemplo: “Por ejemplo: G cede su crédito contra S primeramente a A sin que S tenga noticia de ello. Más tarde B fundándose en un título contra G embarga el crédito de éste y se lo asigna. La decisión de embargo y adjudicación se notifica a S según los §§ 829 y 835 ZPO (en estos preceptos se llama a S “deudor de tercero”). En este supuesto el embargo y la adjudicación son ineficaces, porque G ya no era el acreedor, sino A. Sin embargo, se protege a S de una prestación a B por el §408.I: S no debe cumplir de nuevo a A”: MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligatorias*. Vol. I. Primera Edición. Traducción de Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1995, p. 339.

⁴⁶ MEDICUS, Dieter. Op. Cit. p. 339.

desconociendo la primera cesión cumple la obligación a favor de tercero, o cuando entre este tercero y el deudor es concertado un negocio jurídico relativo al crédito o está pendiente un litigio sobre el mismo (§408). En esta hipótesis se hace acreedor el primer destinatario del crédito; el tercero a favor del cual el deudor cumple de buena fe o con el que concierta un negocio jurídico o con el que tiene un litigio acerca del crédito carece de legitimación. De la debida aplicación del §407 se deduce que el verdadero titular, es decir, aquel a quien el crédito había sido primeramente cedido, ha de tolerar contra si la prestación hecha a favor de tercero, el negocio jurídico o la sentencia firme, de modo que el deudor no resulta perjudicado por su desconocimiento de la primera transmisión y por admitir que la segunda de la que ha tenido conocimiento es válida”⁴⁷.

Como puede observarse en la lógica del sistema alemán, cuando se transfiere un crédito, independientemente de la causa fuente que genere la transferencia⁴⁸, inmediatamente el derecho de crédito se adhiere al primer cesionario por lo que los siguientes serían simplemente terceros sin ningún derecho ni legitimidad para recibir la prestación, o mejor dicho pseudo-cesionarios. Pero cuando estamos ante cesiones múltiples, el BGB no olvida proteger la esfera de intereses del deudor cedido que, desconociendo la primera transferencia, podría ejecutar la prestación a favor de un tercero que aparenta ser el acreedor. En estos casos, si bien no existe cumplimiento, ya que le primer cesionario es el único legitimado a recibir el pago y no los siguientes pseudo-cesionarios, el deudor se liberaría del vínculo obligatorio.

⁴⁷ LARENZ, Karl. *Derecho de las obligaciones*. Traducción de Jaime Santos Brinz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 463.

⁴⁸ Las fuentes de la cesión pueden ser de orden contractual, legal y coactiva. En este sentido, Larenz sostiene que: “La sucesión en los créditos puede tener lugar: a base de una transmisión jurídico negocial hecha por su actual acreedor, por transmisión del crédito ordenada por la ley o por la autoridad judicial, y por sucesión universal, especialmente por herencia. A la transmisión legal del crédito son aplicables en su mayor parte los preceptos sobre la transmisión de un crédito verificada por medio de un negocio jurídico (§ 412)”: LARENZ, Karl. *Derecho de las obligaciones*. Op. Cit. Pp. 452.

Salvo que el cesionario pruebe fehacientemente que el deudor tenía conocimiento suficiente y digno de crédito de la primera transferencia efectuada.

Esta regla se extiende también a todos aquellos negocios que el deudor cedido y el tercero (acreedor aparente) hayan efectuado sobre el crédito o la sentencia firme que haya recaído con respecto a la misma, ya que la regla general es que el deudor no resulte perjudicado por el desconocimiento de la primera transferencia que desconocía.

1.2.3. Italia

El *Codice Civile* de 1942 ha regulado la cesión de créditos desde una perspectiva distinta a la alemana, toda vez que si bien para celebrar el acuerdo de cesión basta el acuerdo entre el acreedor y el tercero cesionario (art. 1260° del *Codice Civile*, en adelante CC italiano) para su eficacia –es decir, para que el crédito entre en la esfera jurídica del adquirente y este pueda ejercitar las facultades inherentes al derecho- se requiere de un hecho adicional consistente en la denominada “aceptación” o “notificación” al deudor cedido (art. 1264° del CC italiano). En este sentido las normas citadas textualmente disponen:

“1260°. Cedibilidad de los créditos.- El acreedor puede transferir a título oneroso o gratuito su crédito, aun sin el consentimiento del deudor, siempre que el crédito no tenga carácter estrictamente personal o que la transferencia no esté prohibida por la ley.

Las partes pueden excluir la cesibilidad del crédito, pero el pacto no es oponible al cesionario, si no se prueba él lo conocía al tiempo de la cesión”.

“1264°.- Eficacia de la cesión respecto del deudor cedido.- La cesión tiene efecto respecto del deudor cedido cuando este la ha aceptado o cuando le ha sido notificada.

Sin embargo, aun antes de la notificación, el deudor que paga al cedente no queda liberado si el cesionario prueba que dicho deudor estaba en conocimiento de la cesión realizada”.

Si bien en Italia se han dado algunas disputas doctrinales con respecto al momento traslativo del crédito, desde nuestra perspectiva la posición más coherente es aquella que reconoce que para la transmisión de los derechos relativos la única solución posible es identificar en la notificación al deudor, o en la aceptación de parte de este, el momento traslativo del derecho de crédito⁴⁹. Posición que responde a las normas que regulan esta *fattispecie* en el ordenamiento jurídico italiano.

En efecto, la posición tradicional sostenía que en la cesión existían dos momentos de eficacia⁵⁰, uno entre las partes del negocio que se producía a la sola conclusión del negocio y otro frente a terceros, entre los que se encontraba el deudor cedido, frente al cual la cesión no era eficaz sino hasta que era notificada o aceptada. Sin embargo, esta posición ha sido superada, ya que no puede pensarse coherentemente en un derecho de crédito al que no le corresponda una situación subjetiva pasiva correlativa en todo momento, en cuanto no puede existir una pretensión protegida por el ordenamiento jurídico, como la del acreedor, sin que al mismo tiempo exista el instrumento jurídico para la realización del interés jurídicamente tutelado⁵¹, que en este caso sería la situación deudora.

⁴⁹ MANCINI, Tommaso. “La cessione dei crediti”. En *Trattato di diritto privato* diretto da Pietro Rescigno. Vol. IX. Torino: UTET, 1984, p. 390.

⁵⁰ En este sentido Emilio Betti sostiene: “A) La eficacia de la transferencia o transmisión del crédito debe distinguirse: aa) En las relaciones internas entre el cedente y el cesionario; bb) En las relaciones externas frente al deudor cedido. / aa) La cesión es eficaz entre el acreedor cedente y el cesionario, operando la transmisión del crédito, desde el momento en que el cedente concluye su acuerdo con el cesionario. (...) / bb) En cuanto a las relaciones externas, se ha dicho ya que la cesión es eficaz frente al deudor cedido cuando éste la haya aceptado o cuando le haya sido notificada”: BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*. Op. y Vol. Cit., pp. 236-237.

⁵¹ MANCINI, Tommaso. “La cessione dei crediti”. Op. Cit., p. 387.

En otras palabras, se sostiene que el supuesto titular de un crédito que aún no puede exigirle nada al titular del deber jurídico correlativo (es decir, al deudor cedido) en realidad aún no ha adquirido el derecho y, por lo tanto, no es él acreedor.

En este sentido para Tommaso Mancini, no puede pensarse en un derecho de crédito que no puede hacerse valer frente al deudor, toda vez que en la relación obligatoria la situación deudora es la premisa indispensable del derecho subjetivo⁵².

De otro lado, el segundo párrafo del art. 1264° del *Codice Civile*, regula el supuesto en el cual el deudor cedido no se libera de la obligación si ejecuta la prestación a favor del acreedor cedente si es que conocía inequívocamente la existencia de un acuerdo de cesión sobre el crédito. Esto implica que si no estaba enterado, de una manera segura e indudable, sobre el acuerdo de cesión se liberará del vínculo obligatorio, no porque se haya realizado el pago de buena fe a un acreedor aparente, sino porque se ha pagado al verdadero acreedor al no haberse perfeccionado la transferencia.

Sobre el particular se sostiene que:

“En el artículo 1264° c.c., en cambio, el legislador ha disciplinado una situación real, la liberación del pago hecho al efectivo acreedor. Siendo el único límite la mala fe del deudor, quien sabe de una situación que, aunque preliminar, tiene relevancia jurídica. Y no es suficiente cualquier conocimiento. Es necesario, empero, que ella sea segura e inequívoca”⁵³.

⁵² MANCINI, Tommaso. “La cessione dei crediti”. Op. Cit., p. 387. En este sentido el autor citado sostiene, además, que: “nell’ipotesi che il rapporto creditore-debitore non sussista, non si ha diritto di credito, ma una diversa situazione soggettiva che diverrà vero e proprio diritto solo quando a questa si contrapporrà la situazione obbligatoria del debitore”: Ob. Cit., p. 388.

⁵³ MANCINI, Tommaso. “La cessione dei crediti”. Op. Cit., p. 389.

Tomando en cuenta que en el sistema italiano, el crédito no se transfiere sino hasta que haya sido notificada o aceptada por el deudor cedido, resulta del todo coherente que el art. 1265° del *Codice* establezca que:

“Si el mismo crédito ha constituido objeto de varias cesiones a personas diversas, prevalece la cesión notificada primeramente al deudor o aquella que ha sido aceptada por el deudor, por acto de fecha cierta, aún cuando la misma sea de fecha posterior.

La misma norma se observa cuando el crédito ha sido objeto de constitución de usufructo o de prenda”.

Como es de verse estas normas también cautelan la posición del deudor cedido, ya que exigen tanto la eficacia traslativa de la cesión, como la regla de preferencia en el conflicto entre cesionarios, la notificación que se haga al sujeto obligado. Esto sin lugar a dudas implica la protección de un sujeto que no ha intervenido en el acto de disposición y que tienen derecho a no verse afectado en su situación jurídica y a liberarse de la deuda pagando a quien se presenta como el sujeto legitimado a recibirla, sin que tenga que hacer ulteriores indagaciones, con plenos efectos liberatorios.

1.2.4. España

El sistema español regula la cesión de créditos dentro del título dedicado a la compraventa (capítulo VII, del Título IV, del libro IV), bajo la rúbrica “de la transmisión de créditos y demás derechos incorporales”, que comprende los arts. 1.526 al 1.536 de su Código Civil de 1889. Además, la Compilación de Navarra dedica una norma a la transmisión de los créditos⁵⁴.

⁵⁴ “[E]l acreedor puede ceder su derecho contra el deudor, pero cuando la cesión sea a título oneroso, el deudor quedará liberado abonando al cesionario el precio que éste pagó más los intereses legales y los gastos que le hubiere ocasionado la reclamación” (Ley 511): ESPÍN CANOVAS, Diego. *Manual de derecho civil español*. Vol. III. Sexta edición. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, 1983, p. 234

En este ordenamiento, influenciado claramente por el modelo francés, para la formación del negocio de cesión sólo requiere la intervención del cedente y el cesionario, prescindiéndose de la colaboración del deudor. Asimismo, este acuerdo, por regla general, no está sometido a formalidad alguna, razón por la cual únicamente se adaptará al tipo negocio que le sirve de base (compraventa, donación, etc.), por lo que tendrá que adecuarse a la forma exigida por dicho negocio⁵⁵. Asimismo, es mayoritariamente aceptado por la doctrina española, que el acto de cesión es perfectamente eficaz por el sólo hecho de su celebración.

En este sentido, para Lacruz Berdejo, el efecto traslativo se produce de manera automática, no necesitándose un hecho ulterior o modo para la eficacia del negocio fuente. En este sentido se afirma que “lo cierto es que aquí no hay un “título” y un “modo”, un iter adquisitivo en dos tiempos, sino un objeto negocial transmitido *uno actu* sin necesidad de nuevas actuaciones: el crédito es el objeto de la prestación en la compra venta, donación, cesión en pago, etc. que las partes utilicen; y, con la perfección consensual del negocio, el comprador, donatario, acreedor-cesionario, etc., deviene, sin más ni más, acreedor en el crédito cedido; acreedor a la prestación del deudor y nada más”⁵⁶. Aún más enfático, es Díez Picazo, quien señala que “debe entenderse que acuerdo y traslación se encuentran en el negocio de cesión indisolublemente unidos”⁵⁷.

Asimismo, el supuesto regulado en el art. 1527º del CC español (“*El deudor, que antes de tener conocimiento de la cesión satisfaga al acreedor, quedará libre de la obligación*”) ha sido calificado como un especial supuesto de

⁵⁵ ESPÍN CANOVAS, Diego. Op. Cit., p. 235.

⁵⁶ LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos del derecho civil*. Ob. y Vol. Cit., p. 220.

⁵⁷ Díez-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Vol. II. Sexta edición. Madrid: Editorial Thomson-Civitas, 2007, p. 805.

liberación por pago a un acreedor aparente⁵⁸, similar a la prescrita en el art. 1.164º del CC español⁵⁹, no pudiendo ser reputado como un pago legítimo el realizado al cedente⁶⁰, ya que la cesión es plenamente eficaz desde el momento de su celebración y, por tanto, el cesionario adquiere inmediatamente el derecho y, lógicamente, la legitimidad exclusiva de recibir el pago. En este caso, la liberación del obligado descansa sobre la protección del interés del deudor, de su confianza en la apariencia jurídica y la falta de conocimiento de la cesión⁶¹.

Entonces, el conocimiento que el deudor tenga a través de la notificación tiene la naturaleza de una mera carga impuesta al cesionario (que ya ha adquirido el crédito), consistente en notificar del acuerdo de cesión al obligado para evitar que este pueda liberarse pagando al cedente (ex acreedor). Esto hace escribir a Espín, que la notificación “no tiene pues, el carácter de la *denuntiatio* en el Derecho Romano”⁶², aludiendo, claramente, al hecho que a través de este mecanismo en el derecho romano el *procurator in rem suam* (cesionario) adquiriría una acción propia (es decir, el derecho de crédito en sentido práctico).

En este mismo sentido, Díez Picazo, citando a Fernando Pantaleón, afirma que no existe en el Código Civil español dato normativo alguno que sirva para apoyar la tesis de que la notificación de la cesión al deudor cedido es

⁵⁸ En este mismo sentido LACRUZ BERDEJO afirma que “este precepto [refiriéndose al art. 1527º del CC español que tiene una redacción similar al art. 1216º peruano] no es sino una aplicación concreta de la doctrina del acreedor aparente (art. 1.161 CC [español])”. LACRUZ BERDEJO, José Luis. Op. Cit., p. 222.

⁵⁹ “Artículo 1164 CC [español].- El pago hecho de buena fe al que estuviere en posesión del crédito, liberará al deudor”.

⁶⁰ ESPÍN CANOVAS, Diego. *Manual de derecho civil español*. Ob. y Vol. Cit., p. 235. Este autor además agrega: “Así lo ha reconocido nuestra jurisprudencia declarando que es principio de derecho que la cesión de créditos puede hacerse sin conocimiento del deudor y aún contra su voluntad, sin que la notificación al mismo tenga otro alcance que el obligarle con el nuevo acreedor, no reputando pago legítimo desde aquel acto el hecho a favor del cedente”.

⁶¹ DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Op. Cit., p. 816.

⁶² ESPÍN CANOVAS, Diego. Op. Cit. pp. 235.

elemento constitutivo del supuesto de hecho de la transmisión del crédito del cedente al cesionario, ni tampoco de la creación de una vinculación del deudor frente al susodicho cesionario⁶³.

Ahora bien, para la oponibilidad frente a terceros del acto de cesión, sean estos acreedores del cedente o sucesivos adquirentes del créditos, la fecha de la realización debe constar por un documento auténtico por su incorporación a un registro público u otra circunstancia de las señaladas por la ley⁶⁴.

En este sentido el art. 1.526º del CC español prescribe:

“La cesión de un crédito, derecho o acción no surtirá efecto contra tercero sino desde que su fecha deba tenerse por cierta en conformidad a los artículos 1.218⁶⁵ y 1.227⁶⁶.

Si se refiere a un inmueble, desde la fecha de su inscripción en el Registro”.

Puede apreciarse, entonces, que en el sistema español cuando se presente un conflicto derivado de las cesiones múltiples sobre un mismo crédito, la cesión que prevalezca será aquella que conste en un documento autentico o, en todo caso, de haber dos o más cesiones que tengan estas características prevalecerá la más antigua, por la regla general de primero en el tiempo primero en el derecho.

⁶³ DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Op. Cit., p. 816.

⁶⁴ ESPÍN CANOVAS, Diego. Op. Cit., p. 235.

⁶⁵ Art. 1.218 CC español: “Los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste. / También harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros”.

⁶⁶ Art. 1.227 CC español: “La fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros sino desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que le firmaron, o desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio”.

Pero, el deudor cedido siempre podrá oponer la excepción de liberación establecida en el art. 1527º a cualquier cesionario (aunque su cesión conste por un documento auténtico), si es que ha pagado al cedente, antes de la comunicación, o al cesionario que comunicó la cesión en primer lugar –aunque esta conste en un documento privado. Esto, precisamente, porque la liberación del deudor depende de su (des)conocimiento de la cesión y la protección a la apariencia jurídica.

Finalmente, cabe señalar que en sistema español se plantea un particular problema para la configuración de la garantía prendaria sobre créditos, toda vez que en este derecho positivo –como lo afirma Díez Picazo- no existe una genuina regulación de este tipo de garantías, ya que el Código Civil español sólo regula la prenda de valores. Sin embargo, una autorizada opinión, acepta que la prenda sobre créditos se puede constituir, a través del mecanismo de la cesión, comunicada al deudor y que conste en escritura pública, como una legitimación útil en garantía del acreedor prendario o pignoraticio⁶⁷.

1.2.5. Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos

Aunque es calificada por algunos como la obra legislativa estadounidense más importante del siglo XX, debemos dejar en claro que Código Uniforme de Comercio (*Uniform Commercial Code* o UCC) no es una ley federal sino una obra de la colaboración de dos asociaciones de carácter semipúblico, a saber, la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (NCCUSL) y el *American Law Institute* (ALI) que en la actualidad ha sido incorporada a todas las jurisdicciones norteamericanas (con la excepción de Luisiana), razón por la cual –como correctamente los sostiene José María Garrido- “[l]a fuerza legal del *Uniform Commercial Code* se basa, estrictamente, en el hecho de que cada uno de los Estados Unidos de América (...) ha

⁶⁷ DIEZ –PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Ob. Cit., p. 810.

aprobado el UCC como ley estatal. Sin embargo, al no estar vinculados los estados por el texto oficial del Código Uniforme de Comercio, introducen numerosas enmiendas al texto, lo cual crea considerables dificultades en la resolución de los problemas jurídicos concretos”⁶⁸.

Ahora bien, el Código Uniforme de Comercio (UCC por sus siglas en ingles) se creó con el objetivo de dar uniformidad sustancial a las leyes comerciales. Cabe señalar, sin embargo, que los jueces norteamericanos no están obligados a encontrar en este código las bases para decidir un caso dado, ya que el UCC no trata de abolir todo el derecho anterior sino de perfeccionarlo⁶⁹, razón por la cual el Código es permanentemente actualizado y “afinado” para mantenerse en contacto con la realidad comercial y responder eficazmente a las necesidades de esta, labor que está a cargo de un Consejo Editorial Permanente (*Permanent Editorial Board* o *PEB*) del *Uniform Commercial Code*, cuya misión es estudiar las mejoras y reformas al texto⁷⁰. En este sentido, el UCC trata de regular la cadena de relaciones jurídicas vinculadas a la comercialización de bienes, objetivo que resulta difícilmente abarcable, por lo que se limita solamente a algunas instituciones típicas de un código de comercio tales como: el contrato de compraventa, la regulación de títulos de crédito y algunos contratos bancarios; y otros estrictamente civiles, tales como los arrendamientos de bienes muebles, las transferencias de bienes muebles, las transferencias, los créditos documentarios, las ventas en bloque, los títulos de tradición, los valores mobiliarios y las garantías reales sobre bienes muebles⁷¹.

⁶⁸ GARRIDO, José María. “Estudio introductorio”. En *Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos: Texto Oficial*. Traducción de José María Garrido autorizada por *The American Law Institute*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2002, p. 38.

⁶⁹ MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano canónica*. Traducción de Eduardo L. Suarez. Segunda Edición. Decimo segunda reimpresión. México: Fondo de Cultura Económica, 2009, p. 70.

⁷⁰ GARRIDO, José María. Op. Cit., pp. 45-46.

⁷¹ GARRIDO, José María. Op. Cit., p. 39.

Es precisamente, el art. 9° del UCC el que establece un novedoso sistema de garantías reales mobiliarias denominado “*security interests in personal property*”, el cual ha sido adaptado para su introducción en parte de Canadá, ha servido para la reordenación del derecho de garantías reales en México y para la creación de la *Ley Modelo de Garantías Mobiliarias de la OEA*. Siendo que nuestro ordenamiento jurídico no ha quedado incólume a esta poderosa influencia, ya que de alguna forma –y sin que nuestros legisladores estén totalmente conscientes de ello- nos ha llegado la influencia del art. 9° del UCC a través de Ley de la Garantía Mobiliaria.

Ahora bien, el art. 9° del UCC configura una garantía real (*security interest*) sobre bienes muebles aplicable a todas las operaciones que estén encaminadas a cumplir esta función.

La organización de este tipo de garantía se realiza en torno a un registro personal (de deudores) donde se inscriben (*filing*) las garantías, el cual es el momento de perfección (*perfection*) de las mismas, que consiste básicamente en la simple comunicación al funcionario encargado del registro de gravámenes, de la llamada declaración de financiación (“*financing statement*”)⁷², que es realizada por el acreedor garantizado de que puede existir una garantía sobre ciertos bienes o derechos a favor de cierto acreedor según lo que se declara en un documento estandarizado ajustado a un formulario que ni siquiera precisa ya la firma del gravado⁷³, lo cual resultaría casi impensable en un sistema registral como el nuestro⁷⁴.

⁷² FERNANDEZ DEL POZO, Luis. El registro de bienes muebles: los bienes muebles registrables y la preferencia registral de los derechos inscritos. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2004, p. 38.

⁷³ FERNANDEZ DEL POZO, Luis. Op. Cit. p. 40.

⁷⁴ En este sentido, Fernández del Pozo sostiene acertadamente que: “Aunque se nos quiere justificar por su sencillez y flexibilidad (sobre todo en materia de forma) presenta el “*notice filing*” otros rasgos técnicamente discutible tales como la pobre “calificación” (control de legalidad) del responsable del registro; la ausencia de importantes “principios” típicos de un registro jurídico (tracto sucesivo y legitimación por citar por algún ejemplo; no digamos la fe pública registral; nulo respeto al principio de especialidad o de determinación, etc.); el magro

Sin embargo, no puede dejar de indicarse que el mismo art. 9° del UCC establece la existencia de otros métodos alternativos para el perfeccionamiento de la garantía, tales como la posesión o el control del bien mueble.

Si bien, el art. 9° del UCC está encaminado a regular una garantía real sobre bienes muebles, no podía dejar de contener dentro de sus disposiciones alguna referida a los créditos, considerados estos muy genéricamente como bienes muebles y, por lo tanto, comprendidos dentro del alcance de esta sección del UCC.

A efectos de la presente investigación capta poderosamente nuestra atención el § 9-406 del art. 9° del UCC, en el cual se ha regulado el supuesto de hecho de la cesión de créditos, en uno de sus aspectos más significativos.

Veamos:

“§ 9-406 Liberación del deudor de la cuenta: notificación de la cesión; identificación y prueba de la cesión; ineficacia de las restricciones en la cesión de cuentas, recibos con garantía sobre mercaderías, intangibles de pago y pagarés.

(a) [Liberación del deudor de la cuenta; efectos de la notificación.] Sin perjuicio de lo dispuesto en las subsecciones (b) a (i), el deudor de una cuenta, de un recibo con garantías sobre mercaderías o de un intangible de pago puede liberarse de su obligación pagando al cedente sólo hasta el momento en que el deudor de la cuenta reciba una notificación autenticada por el cedente o el cesionario en la que se indique que la cantidad debida o que va

contenido de la publicidad formal (el negocio jurídico de constitución de la garantía no accede al registro sino sólo una “noticia” del “financing statement”); algunos de los defectos técnicos de organización y llevanza (hasta ahora escasa informatización, falta de coordinación a nivel federal mediante registro central, mala ordenación del archivo exclusivamente en base personal con importante nivel de errores materiales y demoras sensibles en la búsqueda...), etc.”. FERNANDEZ DEL POZO, Luis, Op. Cit., p. 39.

ser debida a sido cedida y que el pago ha de ser realizado al cesionario. Tras la recepción de la notificación, el deudor de la cuenta puede liberarse de su obligación pagando al cesionario, pero no pagando al cedente.

(b) [De cuando la notificación es ineficaz] Sin perjuicio de lo dispuesto en la subsección (h), la notificación es ineficaz conforme a la subsección (a):

(1) cuando no identifique razonablemente los derechos cedidos;

(2) en la medida en que un acuerdo entre un deudor de una cuenta y un vendedor de un intangible de pago limite la obligación del deudor de la cuenta de pagar a una persona distinta del vendedor y la limitación sea eficaz conforme a normas jurídicas de este Artículo; o

(3) a elección de un deudor de la cuenta, cuando la notificación comunique al deudor de la cuenta que ha de realizar un pago inferior al total de cualquier plazo u otro pago periódico al cesionario, aunque:

(A) sólo una parte de la cuenta, del recibo con garantía sobre mercaderías o del intangible general haya sido cedida a ese cesionario;

(B) una parte haya sido cedida a otro cesionario; o

(C) el deudor de la cuenta sepa que la cesión realizada a ese cesionario es una cesión limitada.

(c) [Prueba de la cesión.] Sin perjuicio de lo dispuesto en la subsección (h) y si lo solicita el deudor de la cuenta, un cesionario debe proporcionar oportunamente una prueba razonable de que la cesión ha sido realizada. Si el cesionario incumple este deber, el deudor de la cuenta puede liberarse de su obligación pagando al cedente, aunque el deudor de la cuenta haya recibido una notificación conforme a la subsección (a)".

Como puede apreciarse, si bien el art. 9° del UCC esta creado básicamente para proteger la posición de los acreedores que financian operaciones comerciales, indefectiblemente debe claudicar en este objetivo frente a la transferencia del crédito donde inexorablemente se va a encontrar con tres centros de intereses que deben ser tutelados, entre los cuales resalta la posición del deudor cedido quien no puede ser perjudicado por un acto disposición sobre el cual no tiene ningún control, a saber, la transferencia acordada entre el cedente y el cesionario. Por esta razón, el UCC aproximándose inevitablemente a las soluciones establecidas en los códigos europeos decimonónicos, protege la posición del deudor cedido mediante la notificación efectiva que deben realizar el cesionario o el cedente acompañando una prueba razonable de la existencia de la cesión, lo cual no hace sino reconocer el derecho esencial del deudor de liberarse de la obligación ejecutando la prestación en los términos originalmente pactados no debiendo ser perturbado por los actos del acreedor original que desconozca.

De otro lado, resulta evidente que el UCC norteamericano tiende indefectiblemente a considerar a la inscripción como mecanismo de oponibilidad frente a terceros, entendiendo a estos como los adquirentes del crédito (cesionarios) y no al deudor.

En este sentido, correctamente se ha afirmado que: “La realidad nos demuestra que los problemas de oponibilidad de la cesión de créditos se plantean no sólo en su pignoración sino en toda la cesión de los mismos créditos... cualquiera que sea su causa. El UCC norteamericano ha zanjado la cuestión de manera radical, prescribiendo la inscribibilidad de todas las cesiones de créditos (aunque no sean con fines de garantía). En esta misma línea se orienta la convención de las Naciones Unidas sobre cesión de créditos en el comercio internacional. Entiéndase bien la cosa: la inscripción no opera como requisito de eficacia real sino como instrumento de oponibilidad frente a terceros. Se trata sencillamente de sustituir el anacrónico y perturbador

instrumento de la oponibilidad del artículo 1865° CC [español]⁷⁵, por otro más robusto y con publicidad”⁷⁶.

1.2.6. Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias de la OEA

La OEA periódicamente organiza la Conferencia Interamericana Especializada sobre Derecho Privado (*Inter-American Specialized Conference on Private International Law*) que se conoce por sus siglas en castellano como CIDIP, para discutir y promulgar tratados, convenciones o, en este caso, una ley modelo, en materia de derecho internacional privado o temas afines tales como la unificación o armonización del derecho comercial.

Así en la conferencia plenaria CIDIP-VI realizada del 4-8 de febrero de 2002, en las oficinas centrales de la OEA en Washington DC se aprobó la *Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias*. Siendo el principal objetivo de esta Ley Modelo la creación de un derecho de garantía mobiliario real y no posesorio que le permita a los deudores retener la posesión del bien o bienes dados en garantía y le permita a los acreedores garantizados ejecutar su derecho de garantía extrajudicial en caso de incumplimiento.

Esta ley modelo, como no podía ser de otra forma, también establece reglas especiales para los casos en los cuales un crédito sea el objeto de una garantía mobiliaria y se realice un acto de cesión sobre el mismo. En este sentido, el art. 2° de la Ley Modelo, dispone que pueden constituirse contractualmente garantías mobiliarias sobre bienes muebles incorporales, presentes o futuros, pero susceptibles de valoración pecuniaria al momento de la constitución o posteriormente, con el fin de garantizar el cumplimiento de una o varias obligaciones, presentes o futuras. En el género de bienes muebles

⁷⁵ Art. 1.865 Código Civil español: “No surtirá efecto la prenda contra tercero si no consta por instrumento público la certeza de la fecha”.

⁷⁶ FERNANDEZ DEL POZO, Luis. Op. Cit., p. 167.

incorporales⁷⁷ se incluye a los créditos y otros tipos de bienes incorporales, tales como bienes de propiedad intelectual, o las categorías específicas o genéricas de bienes muebles, entre otros (art. 3º, V.).

Para la Ley Modelo, el crédito como objeto de una operación de garantía mobiliaria viene definido como el derecho (contractual o extracontractual) del Deudor Garante de reclamar o recibir pago de una suma de dinero de un tercero, adeudada actualmente o que pueda adeudarse en el futuro, incluyendo cuentas por cobrar (art. 3º, X.). Mientras, que el Deudor del Crédito, es definido como el deudor de la cuenta por cobrar que él debe al Deudor Garante (art. 3º, XI.).

Entonces, si originalmente, una relación obligatoria, que tiene en uno de sus extremos a un crédito, cuando este derecho es usado para garantizar otro crédito de otra relación obligatoria, tendremos la conjunción de tres centros de intereses, posiciones o situaciones jurídicas subjetivas: (I) la del deudor garante, constituyente de la garantía y acreedor del crédito afectado; (II) la del acreedor asegurado, que es el titular del derecho de garantía y acreedor del crédito asegurado; y, finalmente, (III) la posición del deudor del crédito afectado, que responde después de la constitución de la garantía frente a dos sujeto a saber: hacia el Deudor Garante en su condición de titular del crédito (acreedor) y hacia el Acreedor Asegurado como titular de un garantía mobiliaria sobre el crédito, el cual tiene un derecho preferente para recibir la prestación.

Esta delicada confluencia o conjunción de centros de intereses ha sido cuidadosamente articulada en el Capítulo III de la Ley en los arts. 13º al 19º, en

⁷⁷ De acuerdo al art. 3º, XII, las categorías de bienes se dividen en dos grandes grupos, los corporales e incorporales, definiéndolos en estos términos: "XII. Categoría de Bienes: En esta Ley existen dos categorías y varios tipos de bienes. Las principales categorías de bienes son los bienes corporales y los incorporales. A la categoría de bienes corporales pertenecen el equipo, el inventario, el numerario ya sea en posesión del Deudor Garante o en depósito en bancos. A la categoría de bienes incorporales pertenecen los créditos y otros derechos de cobro (ya sea por regalía, dividendo, pagos periódicos), las cuentas por cobrar, la propiedad intelectual, el buen nombre comercial y otros designados como tales por la legislación aplicable".

los cuales se establecen fundamentalmente reglas de protección al deudor cedido, que no ha participado en el acto de disposición, sobre el cual se ha constituido un nuevo derecho de garantía mobiliaria, bajo la premisa de que su situación no puede ser alterada por una operación en la que –en principio- no ha intervenido y, por ende, desconoce.

En este sentido, el art. 15° de la Ley Modelo, establece literalmente lo siguiente:

“Salvo que otra cosa sea dispuesta en esta Ley, la garantía mobiliaria otorgada sobre Créditos, no podrá modificar la relación jurídica subyacente ni hacer más onerosas las obligaciones del Deudor del Crédito cedido sin su consentimiento”.

Asimismo, siendo que la constitución de una garantía mobiliaria sobre el crédito implica una creación de un derecho derivado, la conexión normativa de este derecho con el derecho del cual deriva está establecida en el art. 16° de la Ley Modelo, toda vez que el Deudor del Crédito puede oponer en contra del Acreedor Garantizado todas las excepciones derivadas del contrato original o cualquier otro contrato que fuere parte del mismo. También puede oponer cualquier otro derecho de compensación en contra del Acreedor Garantizado, siempre y cuando dicho derecho se encontrara disponible para Deudor del Crédito hasta el momento en el cual haya recibido la comunicación (notificación) del acto de disposición.

Sin embargo, el mismo art. 16° reconoce la posibilidad de que el Deudor del Crédito pueda acordar con el Deudor Garante o cedente, siempre que lo haga por escrito, la renuncia a oponer en contra del Acreedor Garantizado, excepciones y derechos de compensación. Este acuerdo impide que el Deudor del Crédito oponga dichas excepciones y derechos de compensación. Empero, este sujeto no puede renunciar a excepciones: (I) Que surjan a raíz de actos

fraudulentos cometidos por el Acreedor Garantizado o cesionario; o (II) aquellas basadas en la incapacidad del Deudor del Crédito.

Ahora bien, la Ley Modelo establece una clara diferencia de tratamiento entre los sucesivos acreedores asegurados con un mismo crédito o eventuales cesionarios, quienes son terceros que no están integrados originalmente a las relaciones jurídicas existentes entre el Deudor del Crédito, el Deudor Garante y el Acreedor Asegurado.

Así para la oponibilidad de la garantía mobiliaria sobre créditos frente a terceros (entre los cuales no está el Deudor del Crédito), se requiere la inscripción registral de la afectación.

Así lo establece literalmente el art. 14° de la Ley Modelo, según la cual:

“Se dará publicidad a una garantía mobiliaria otorgada por un Deudor Garante sobre Créditos debidos al Deudor Garante, por medio de su inscripción registral”.

En efecto, solamente con la inscripción, tal como lo establecen los arts. 10° y 34° de la Ley Modelo, los derechos conferidos por la garantía mobiliaria sobre créditos serán oponibles frente a terceros.

En este sentido, la inscripción es considerada como el mecanismo principal para otorgar publicidad –y plenos efectos- al derecho constituido, en los siguientes términos:

“Artículo 34° La garantía mobiliaria a la que se le de publicidad mediante su inscripción en el Registro será oponible frente a terceros desde el momento de su inscripción”.

Como resulta evidente, esta disposición no resulta aplicable al Deudor del crédito, ya que este sujeto se encuentra originalmente afectado por la operación de constitución de la garantía o la cesión del crédito, razón por la

cual, para que le sea oponible la existencia de un Acreedor Garantizado o un nuevo acreedor (cesionario) hacia quien ejecutar la prestación a su cargo, deberá previamente notificársele con el acto de disposición, lo cual resulta una solución ampliamente utilizada en los diferentes sistemas jurídicos del mundo – con excepción del sistema peruano (contrariamente a lo que podría esperarse).

Así, tenemos los arts. 17° y 18° de la Ley Modelo, textualmente disponen lo siguiente:

“Artículo 17. El Deudor de un Crédito cedido puede extinguir su obligación pagando al Deudor Garante. Sin embargo, el pago de cualquier saldo debido al Deudor Garante o al cedente al momento o después de que el Deudor del Crédito cedido **reciba notificación del Acreedor Garantizado de que debe realizar el pago al Acreedor Garantizado**, el saldo debido deberá ser pagado al Acreedor Garantizado. El Deudor del Crédito cedido podrá solicitar al Acreedor Garantizado **prueba razonable de la existencia de la garantía mobiliaria, y de no proporcionarse dicha prueba dentro de un tiempo razonable, el Deudor del Crédito podrá hacer el pago al Deudor Garante.**

La notificación al Deudor del Crédito cedido podrá realizarse por cualquier medio generalmente aceptado. Para que dicha notificación sea efectiva, deberá identificar el Crédito respecto al cual se solicita el pago, e incluir instrucciones de pago suficientes para que el deudor del mismo pueda cumplir con la notificación. Salvo pacto en contrario, el Acreedor Garantizado **no entregará dicha notificación antes que ocurra un incumplimiento que le autorice la ejecución de la garantía**” (evidenciados nuestros).

“Artículo 18. De ser notificada al Deudor del Crédito cedido más de una garantía mobiliaria sobre el mismo Crédito, **el Deudor del Crédito**

cedido deberá efectuar el pago de conformidad con las instrucciones enunciadas en la primera notificación recibida.

Cualquier acción entre acreedores garantizados destinadas a hacer efectivo el orden de prelación establecido en el Título V de esta Ley quedan preservadas” (evidenciados nuestros).

Como es de verse, la comunicación al Deudor del Crédito a través de una notificación que acompañe una prueba razonable del acto de disposición sobre el crédito, *es el mecanismo imprescindible para hacer efectivo el derecho de garantía mobiliaria.*

Se reconoce, entonces de esta manera, uno de los derechos fundamentales del deudor del crédito, a saber, su derecho a liberarse del vínculo obligatorio ejecutando la prestación, es decir, a través del cumplimiento- que no puede verse afectado por un acto de disposición -como es la constitución de una garantía mobiliaria- en el que no ha intervenido. Por eso mismo, si el Acreedor Asegurado no cumple con comunicarle la existencia de la garantía, el Deudor se liberará ejecutando la prestación al Deudor Garante, ya que este es su acreedor original y no se le puede exigir otra cosa que cumplir con su obligación en los términos originalmente pactados.

De otro lado, cuando ya ha sido notificado con una prueba razonable sobre la existencia de una garantía mobiliaria por un Acreedor Asegurado, el sentido común nos indica que no puede el Deudor del Crédito hacer indagaciones mayores sobre la titularidad actual de ese mismo derecho, si es que por ejemplo recibe una segunda comunicación de otro Acreedor Asegurado, porque el derecho a liberarse de la deuda no puede ser bloqueado o perturbado por sucesivos actos de disposición sobre el cual no tienen ningún tipo de control.

En este sentido, la Ley Modelo, ante las sucesivas garantías constituidas y notificadas al Deudor, ha establecido una regla que equilibra adecuadamente

los intereses en juego, consistente en que el Deudor del Crédito: *“deberá efectuar el pago de conformidad con las instrucciones enunciadas en la primera notificación recibida”*.

Como se aprecia la Ley Modelo ha construido el sistema de constitución de garantías mobiliarias sobre créditos tomando en cuenta –como no podía ser de otra manera- la existencia de un específico centro de intereses que puede verse afectado por este tipo de operaciones, a saber, el Deudor del Crédito cautelando básicamente sus derechos a la inmutabilidad de su situación jurídica y su derecho a liberarse del vínculo obligatorio.

Lamentablemente, como ya tendremos oportunidad de analizar, estas cuestiones tan elementales han sido pasadas por alto en la Ley de la Garantía Mobiliaria peruana.

CAPÍTULO II

EL SISTEMA GENERAL PARA LA TRANSMISIÓN DE LAS SITUACIONES JURÍDICAS CREDITICIAS

2.1. La transmisión de derechos y de las situaciones jurídicas derivadas

En el lenguaje corriente cuando se habla de enajenar un bien lo primero que se piensa es que un objeto físico se ha desplazado del control material de un sujeto hacia otro. Sin embargo, desde una perspectiva estrictamente jurídica, esta idea no es del todo correcta (o necesaria), toda vez que el fenómeno que ha tenido lugar para el ordenamiento jurídico es, en estrictos términos, una transmisión voluntaria de los derechos que recaen sobre ese bien y no el traspaso material del bien mismo de una persona hacia otra, lo cual es una consecuencia fáctica que inclusive puede estar ausente¹.

Así, por ejemplo, la transferencia del derecho de propiedad que recae sobre bienes muebles se produce con el hecho material de la entrega (tradición) del bien al acreedor² (salvo disposición legal en contrario³), pero esto no ocurre

¹ Aunque en algunos casos puede ser tomada como punto de referencia para determinar el momento en el que el derecho se traslada de una persona hacia otra. Así, por ejemplo en la transferencia de la propiedad sobre bienes muebles reglada en el art. 947° del CC el momento en el que se transmite el derecho se produce cuando el bien es entregado al acreedor.

² Sobre el particular, Hugo Forno ha escrito: "Tratándose de bienes muebles determinados, el asunto parece bastante claro. El artículo 947° del Código vigente consagra claramente la exigencia de la tradición como acto material distinto al contrato –o mejor dicho, distinto al simple consentimiento- para producir la transferencia de propiedad de bienes muebles determinados, aunque algunas fundadas dudas pueden suscitar los casos que esta

en la transferencia de la propiedad que recae sobre bienes inmuebles, toda vez que en estos casos, el derecho de propiedad se transfiere independientemente del hecho material de la entrega del inmueble al acreedor –por regla general-, ya que la sola constitución de la obligación de enajenar –es decir del contrato con función traslativa- produce el efecto de la transferencia del derecho de propiedad⁴.

Sin embargo, la propiedad es solamente una clase de los diversos tipos de derechos subjetivos patrimoniales que existen en un ordenamiento jurídico, los cuales son concebidos en un sentido muy general como situaciones jurídicas de ventaja⁵ que otorgan a su titular un haz o complejo de facultades⁶

exigencia de tradición, entendida necesariamente como acto material desaparece (tradición ficta)": FORNO FLOREZ, Hugo. "El Contrato con efectos reales". En *Ius et veritas*. Núm. 7, 1993, p. 78.

³ Es importante tener en cuenta los regímenes de circulación de derechos dependen en gran medida del objeto sobre el cual recaen. En este sentido, por ejemplo en la transferencia de los vehículos automotores, que son bienes muebles por antonomasia, se requiere por regla general del contrato dispositivo (consentimiento) y la entrega. Pero como estos bienes son fácilmente individualizables, las titularidades de los derechos de propiedad o de otro tipo (gravámenes) que recaen sobre ellos circulan de manera más eficiente y segura con la utilización de un registro público, que en el caso peruano es el Registro de Propiedad Vehicular. Así, para efectos registrales, se presume, que una vez otorgada el acta respectiva de transferencia de propiedad, se ha hecho la tradición del vehículo (como es de verse del literal b) del artículo 25° del Reglamento de Inscripciones del Registro de Propiedad Vehicular – Resolución N° 87-2004-SUNARP-SN). Asimismo, el Artículo 259° del Decreto Supremo N° 016-2009-MTC (Texto Único Ordenado del Reglamento Nacional de Tránsito - Código de Tránsito), establece que "Los vehículos motorizados para circular en una vía pública deben estar inscritos en el Registro de Propiedad Vehicular, de acuerdo a las normas legales vigentes. (...)". En consecuencia, para el ejercicio del derecho de propiedad sobre esta clase particular de bienes muebles se considera necesaria su inscripción registral.

⁴ El artículo 949° de nuestro Código Civil se ha establecido una regla de "consenso traslativo", que significa considerar que el contrato es suficiente para modificar la titularidad del derecho sin necesidad de formalidades externas como un acto de tradición o de inscripción en los registros públicos. Sobre el principio del consenso traslativo puede consultarse: BIANCA, Massimo. "Reflexiones sobre el principio del consenso traslativo". En *Thémis, Época 2*, Núm. 38, 1998, p. 78–79.

⁵ Son situaciones de ventaja, en el sentido de que permiten a su titular realizar sus propios intereses, es decir obtener una ventaja o beneficio (aunque suene a perogrullada) y las más conocidas son: la propiedad, el crédito, la potestad, el derecho potestativo. Además, esta denominación permite diferenciarlas de las situaciones jurídicas patrimoniales de desventaja que implican siempre la imposición a un sujeto de una actividad pero en interés de otro, como en los deberes jurídicos, las cargas y los estados de sujeción.

⁶ En este sentido para Angelo Falzea, "[l']ordinamento giuridico, nel legittimare il soggetto in una situazione di vantaggio, gli conferisce una serie di facoltà che, unificate

que le permite realizar determinadas actividades lícitas e idóneas para satisfacer sus propios intereses⁷, dentro de determinados límites considerados social, económica y jurídicamente convenientes⁸.

Así, encontraremos que circulan en el sistema jurídico-económico una muy variada gama de derechos subjetivos como los derechos reales limitados (superficie, usufructo, servidumbres, etc.)⁹, derechos de crédito (dividendos y

obbiettivamente dall'elemento teleologico, costituiscono el contenuto del diritto soggettivo (...). Il diritto soggettivo non ha alcuna esistenza al di fuori di queste facoltà, anzi può dirsi che esso non sia altro che un modo di considerare unitariamente un complesso di facoltà teleologicamente coincidenti": FALZEA, Angelo. *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1939, pp. 128–129.

⁷ El papel del interés en la construcción del concepto de derecho (subjetivo), es resaltado por Jhering, quien afirmaba que: "Los derechos no existen de ningún modo para realizar la idea de voluntad jurídica abstracta; sirven, por el contrario para garantizar el interés de la vida, ayudar a sus necesidades y realizar sus fines": JHERING, Rudolf von. *La dogmática jurídica* [1883]. Traducción directa del alemán por Enrique Príncipe y Santorres. Buenos Aires: Editorial Losada, 1946, p. 180. Es así que el término derecho (subjetivo), es empleado para indicar: "la situación jurídica de una persona a la cual una norma le asegura la posibilidad de satisfacer un cierto interés económico o moral: se habla por ello de derecho subjetivo": ZATTI, Paolo. "Las situaciones jurídicas". En *Revista jurídica del Perú*. Núm. 64, 2005, p. 366.

⁸ Sobre los límites del derecho subjetivo, Pietro Perlingieri correctamente ha afirmado: "Lo que existe es un interés jurídicamente tutelado, una situación jurídica que tiene en sí misma limitaciones para el titular. Desde el punto de vista lógico, los llamados límites externos no siguen la existencia del principio (derecho subjetivo), sino que nacen con él y constituyen uno de sus aspectos cualitativos. El ordenamiento tutela un interés siempre que sea conforme a las razones mencionadas, también de naturaleza colectiva, que se aseguran con la técnica de las limitaciones y los vínculos. Los límites que se definen externos al derecho, en realidad no modifican el interés desde afuera, sino que contribuyen a la identificación de su esencia, de su función." PERLINGIERI, Pietro. *El derecho civil en la legalidad constitucional: según el sistema italo-comunitario de las fuentes*. Madrid: Dykinson, 2009, p. 617.

⁹ Sobre el particular en sede nacional, Freddy Escobar Rosas sostiene una "curiosa" teoría respecto a la transferencia de los derechos reales limitados. De acuerdo a este autor el régimen de transferencia de la propiedad previsto en los artículos 947° y 949° no es aplicable a la transferencia de derechos reales limitados. Por lo que propone "aplicar parcialmente por analogía el artículo 1000° del C.C." (¿?), en el sentido de que para la transferencia del usufructo (así como para el resto de derechos reales limitados) sólo se requiere de un contrato traslativo, sin necesidad de comunicárselo al propietario. Pero el transferente será responsable por el cumplimiento de las obligaciones coaligadas a los referidos derechos (obligación de tasación e inventario, de constitución de garantías, explotación normal y acostumbrada del bien, de pagar tributos y rentas, de reparar el bien usufructuado, entre otras) hasta que se notifique al propietario con el contrato traslativo. Así en ESCOBAR ROSAS, Freddy. "Apuntes sobre la circulación de los derechos reales derivados". *Ius et veritas*. Núm. 30, 2005, p. 170. Sin embargo, el autor en comentario incurre en el grave error de idear un régimen general para una variada gama de derechos reales (e, inclusive, para el usufructo sobre créditos que no es un derecho real), los cuales tienen distintas características y funciones. Así, basta leer el art. 1002° CC para concluir que el usufructo "puede ser transferido a título oneroso o gratuito o ser gravado, respetándose su duración y siempre que no haya prohibición expresa", es decir, por el

utilidades de acciones de sociedades mercantiles, créditos cambiarios incorporados a títulos valores, cuentas bancarias, depósitos bancarios, certificados de depósitos, carteras de cuentas por cobrar, etc.), potestades e, inclusive, meras expectativas¹⁰.

Asimismo, los regímenes para la circulación de los derechos patrimoniales, dependen en gran medida del contenido de las facultades de las que están formados, de la relación jurídica en los que se encuentran inmersos,

mero consentimiento (contrato) entre el usufructuario y el adquirente del derecho, sin necesidad de comunicarlo al propietario. En este caso el transferente se liberará de algunas obligaciones (pago de tributos y rentas, reparaciones, etc.) pero no de otras (como la de otorgar garantía) y de la eventual responsabilidad por la conservación del bien usufructuado, es decir, por los daños que se han producido al transferir el derecho a otra persona (1969° CC), de las cuales se liberará sólo si el propietario autorizó la transferencia (y no con la mera notificación como equivocadamente sostiene el autor en comentario). Por su parte, en el caso de la superficie el artículo 1031° CC establece que este derecho es transmisible, se entiende contractualmente, porque ahora sí podemos aplicar analógicamente del 949° CC (ya que la superficie se constituye únicamente sobre bienes inmuebles). Entonces, bastaría un contrato traslativo entre el superficiario y el adquirente del derecho, ya que la superficie es un derecho derivado de la propiedad sobre inmuebles, mientras que el régimen de obligaciones y responsabilidad al que queda sujeto el superficiario transferente, depende de lo pactado en el acto de constitución de la superficie, de la autorización del propietario con respecto a la transferencia y a la generación de algún daño por culpa o dolo (1969° CC). Sin embargo, en el caso del derecho uso y habitación, está prohibida su transferencia como lo establece el artículo 1029° CC (“Los derechos de uso y habitación no pueden ser materia de ningún acto jurídico, salvo la consolidación.”), por la naturaleza personalísima que este derecho tiene con respecto a su titular. Por esta razón, no se puede hablar de transferencia alguna sobre este derecho. De otro lado, las servidumbres no tienen un régimen autónomo para su transferencia, sino que circulan con los predios a los que están conectadas como lo establece el artículo 1036° CC (“Sólo pueden transmitirse con ellos y subsisten cualquiera sea su propietario”). Finalmente, al usufructo sobre créditos, por su naturaleza de derecho personal, le es aplicable el régimen para la transmisión de los derechos de crédito, a saber, la cesión. Por estas razones creemos que la propuesta esbozada por Freddy Escobar consistente en aplicar “parcialmente y por analogía el artículo 1000° CC” para “crear un régimen general y único para la transferencia o circulación de los derechos reales”, nos parece equivocada y hasta absurda.

¹⁰ El supuesto de hecho en que se funda una expectativa jurídica es una parte de un más complejo supuesto donde nace una situación jurídica final. Entonces, la relación entre expectativa jurídica y situación jurídica se presenta como la relación entre un supuesto de hecho parcial (*fattispecie parziale*) y supuesto de hecho final (*fattispecie finale*). Si esto es así, como bien señala Falzea, al supuesto de hecho final le corresponderá la eficacia jurídica, mientras que al supuesto de hecho parcial, como la expectativa, lo asociamos a la relevancia jurídica, razón por la cual, es inevitable concluir, que el hecho productivo de la expectativa es un hecho relevante más no eficaz: FALZEA, Angelo. *Voci teoria generale del diritto*. Milano: Giuffrè Editore, 1985, p. 363. Entonces, la expectativa, es una suerte de circunstancia intermedia con relevancia jurídica, cuyo desarrollo normal producirá el efecto jurídico esperado (por ejemplo la adquisición de un derecho). Esto nos denota que la expectativa de un derecho es una posición jurídica autónoma respecto de aquella final que está encaminada a generar.

del objeto sobre el cual recaen y de la función que el ordenamiento jurídico les atribuye. Por esta razón, las diferencias entre los distintos regímenes para la circulación de los derechos pueden ser tan variadas como clases de derechos existen. Sin embargo, el fenómeno de la circulación de derechos, visto desde la perspectiva genérica de la adquisición que se produce en cada acto de transferencia, presenta algunas notas o características comunes que nos permiten clasificarlas.

En este sentido, y como bien afirma Pugliatti, para el nacimiento de un derecho se requiere de su unión inmediata a una persona (quien vendría a ser denominado como su titular originario)¹¹, lo que significa que, por regla general, todo nacimiento de un derecho implica una adquisición o adherencia hacia un sujeto que pueda ejercitar las facultades contenidas en el mismo para realizar el interés subyacente que justificó su creación. Así, esta coincidencia entre nacimiento y adquisición la encontramos, por ejemplo, en la adquisición de la propiedad sobre cosas libres (art. 929° CC), por caza o pesca (art. 930° CC), por especificación y mezcla (art. 937° CC), por accesión y algunas de sus modalidades (arts. 938°, 939° y 940° CC). En estos casos, el derecho no existía antes de la adquisición, por lo que la aparición del derecho es temporalmente simultánea con su adhesión (adquisición) a un sujeto.

Pero, una vez creado y adquirido un derecho por un sujeto (nacimiento – adquisición), este último como su titular, puede gravarlo con otros derechos, crear nuevas situaciones que se yuxtapongan al derecho original o transferirlo íntegramente a favor de otros sujetos. Esto se da, precisamente, porque la

¹¹ PUGLIATTI, Salvador. *Introducción al estudio del derecho civil*. Traducida de la 2da. edición. Mexico: Porrúa Hnos. y CIA., 1943, p. 204. En este sentido cabe señalar que no puede existir derecho sin sujeto, lo cual es de verse en los casos de los derechos que la ley garantiza a los no nacidos, son sólo eventuales; asimismo la herencia yacente cuando no existe heredero conocido o cuando los herederos ha renunciado a la misma, es *universitas iuris* una mera *res*. En consecuencia, señala Pugliatti, “[n]o existe derecho sin sujeto, sino solamente cosas (aún cuando sean incorporeales o compuestas) en relación a las cuales una o más personas pueden adquirir derechos, que nacerán en el momento que se hayan cumplido todas las condiciones para la adquisición”: *Ibid.*

relación de titularidad¹² que se crea entre el sujeto y el derecho, permite que esta última se desvincule total o parcialmente de su primitivo titular y circule hacia otras esferas jurídicas. Pero, en estos casos -como resulta evidente- el nacimiento y la adquisición, ya no coinciden, porque la situación que circula (o de la que se desprenden nuevas situaciones jurídicas) ya existía dentro de una posición jurídica anterior, lo que lleva a la necesidad de distinguir las adquisiciones originarias¹³ de las adquisiciones derivadas¹⁴.

Como se ha dicho, cuando el momento del nacimiento y la adquisición del derecho coinciden tenemos una adquisición originaria, toda vez que la adquisición surge sin que el derecho haya existido previamente. Sin embargo, esta no es la nota característica de las adquisiciones originarias, ya que este tipo de adquisición se presenta aún cuando el derecho haya preexistido en la titularidad de otro sujeto, siempre que la adquisición sea absolutamente independiente de la posición jurídica que tenía el anterior titular. Así por

¹² Debe observarse que una vez creada la situación jurídica (derecho), entre esta y el sujeto que detenta su titularidad, se crea una relación de pertenencia a la que se denomina "relación de titularidad", la que le permite actuar sobre el derecho y provocar las más diversas transformaciones jurídicas. Así, el titular de un derecho puede transferirlo, gravarlo, modificarlo e inclusive extinguirlo precisamente porque el derecho le pertenece. En este sentido, la legitimidad para ejercitar todas estas facultades de disposición no emana de la misma situación jurídica o derecho (que es en todo caso el objeto sobre el que recaen aquellas facultades) sino del vínculo de titularidad o pertenencia entre el titular y su derecho.

¹³ De acuerdo a Nicolò, la característica fundamental de la adquisición originaria consistiría en que "[l]a titularidad del adquirente es objetivamente independiente de la posición de un titular precedente, dado que el supuesto adquisitivo está constituido por elementos que son propios al adquirente. La consecuencia será que en la adquisición originaria el hecho constitutivo del derecho es dado exclusivamente por el hecho adquisitivo, es decir, el mismo hecho jurídico que determina la adquisición": NICOLÒ, Rosario. "Successione nei diritti". En *Nuovo Digesto italiano*. Vol. XII. Torino: UTET, 1940, p. 134.

¹⁴ PUGLIATTI, Salvador. *Introducción al estudio del derecho civil*. Op. Cit., p. 205. En esta misma línea de pensamiento en sede nacional Zamudio Espinal ha escrito: "Como toda entidad que tiene existencia, las situaciones tienen una vida y recorren un ciclo, que se inicia con el nacimiento; un desarrollo, en el cual es susceptible de modificarse; y un fin, es decir, su extinción. Pero no hay que confundir nacimiento con adquisición, pues esta última es mucho más extensa. 'Todo nacimiento implica a la adquisición, pero no toda adquisición se liga inmediatamente al nacimiento del derecho'. Debido a ello, es que se debe entender por adquisición la unión de las situaciones jurídicas subjetivas a una persona que por ello resulta ser su titular": ZAMUDIO ESPINAL, Carlos. "Un equívoco más del Código Civil de 1984. La cesión de posición contractual: el efecto entre el cedente y cesionario". En *Revista crítica de derecho privado*. Publicación del taller de Derecho Civil "José León Barandiarán" de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2007, p. 253.

ejemplo, en el caso de la adquisición por usucapión, el derecho preexiste al momento de la adquisición y pertenece a otro sujeto, además, resulta evidente el nexo cronológico y genético entre la pérdida (del anterior propietario) y la adquisición (del nuevo propietario), la primera como una consecuencia simultánea de la segunda¹⁵. Empero, es originaria porque la adquisición del derecho depende exclusivamente de un comportamiento del adquirente¹⁶, es decir, de una relación posesoria prolongada por un tiempo determinado totalmente independiente de que el derecho haya pertenecido a otro titular, por lo que la identidad entre ambos derechos es meramente empírica y casual.

Ahora bien, frente a las adquisiciones originarias tenemos a las adquisiciones derivadas, las cuales se presentan después de que el derecho ha cobrado existencia en quienes lo detentan como sus sucesivos titulares. En estos casos, existe una relación de dependencia o causalidad jurídica entre el derecho preexistente y el derecho adquirido, donde la posición del titular originario siempre va a ser el punto de referencia normativo para calificar la posición que asume el adquirente¹⁷. Precisamente, porque las adquisiciones “derivadas o derivativas” involucran a un derecho que ya existía dentro de una

¹⁵ NICOLÒ, Rosario. “Successione nei diritti”. Op. Cit., p. 134.

¹⁶ En este sentido, Gonzales Barrón sostiene que: “Los modos originarios son aquellos donde el sujeto se convierte en titular por encontrarse en la hipótesis que la norma reconoce como causante del efecto adquisitivo, sin que el anterior propietario preste su voluntad favorable a la transferencia, o sin que se produzca un fenómeno legal de transmisión (dar y recibir). El caso más frecuente de modo originario, pero no único lo constituye la usucapión o prescripción adquisitiva, pues en ella el nuevo titular adquiere por sí mismo, por el solo hecho de poseer durante un plazo y bajo ciertas condiciones; sin que el antiguo dueño preste consentimiento o autorice la transmisión”: GONZALES BARRÓN, Gunther Hernán. *La usucapión: fundamentos de la prescripción adquisitiva de domino*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L., 2010, p. 69.

¹⁷ Sobre el particular Nicolò sostiene que “una caratteristica situazione di dipendenza e un nesso giuridico di causalità tra il diritto preesistente e il diritto acquistato e si ritrova un preciso riferimento normativo alla posizione del titolare originario”: NICOLÒ, Rosario. Op. Cit. p. 135. Asimismo, de acuerdo a Pugliatti, en estos casos: “las adquisiciones posteriores se ligan con la relación jurídica a la que la precedente adquisición ha dado lugar”: PUGLIATTI, Salvador. *Introducción al estudio del derecho civil*. Op. Cit., p. 205.

posición jurídica anterior, la cual va ser tomada como punto de referencia normativo de donde se van a desprender todas las futuras adquisiciones¹⁸.

Cabe mencionar que este tipo de adquisición derivada puede tener diversas fuentes, distintas a las meras transmisiones voluntarias, ya que también se va a producir cuando estemos ante transmisiones coactivas, adquisiciones hereditarias y adquisiciones *a non domino*. En donde la posición del anterior titular del derecho resulta determinante para calificar normativamente el derecho adquirido.

Pero la adquisición derivada presenta algunas especies claramente diferenciables. Así, tenemos la adquisición derivada por sucesión, donde entre la situación jurídica preexistente y la nueva existe una identidad formal absoluta, ya que la primera se presenta como antecedente de la segunda, la cual es su mera continuación. Esta identidad formal se presenta en dos planos: (i) Identidad de contenido, toda vez que la segunda está estructurada por el mismo haz de facultades; y, (ii) identidad de objeto, ya que dichas facultades recaen sobre la misma entidad que es el referente objetivo del derecho. La doble identidad implica, entonces, que ambas situaciones no puedan coexistir, por lo que la segunda -en buena cuenta- reemplaza a la primera. De esto último se deriva, además, que todos los elementos objetivos que rodeaban a la situación anterior y la condicionaban, seguirán teniendo eficacia para el derecho adquirido. Por estas razones, siempre que estemos ante una adquisición derivada por sucesión, se produce necesariamente la pérdida del derecho en la esfera jurídica del transferente y una correlativa y simultánea adquisición en la del adquirente.

¹⁸ Como bien afirma Oertmann, al fundarse estos tipos de adquisiciones en derechos ya existentes, no puede ir más allá del alcance de estos derechos “y el adquirente se halla en principio sujeto a todas las restricciones que pudieran afectar a su antecesor en el derecho”, precisamente, porque “[e]n la adquisición de derecho derivativa, el derecho ya existente, o, mejor dicho, su contenido objetivo, pasa del antiguo al nuevo titular”: OERTMANN, Paul. *Introducción al derecho civil*. Traducción por Luis Sancho Serral. Barcelona-Buenos Aires, 1933, pp. 181-182.

Por otro lado, la adquisición derivada también puede ser *constitutiva*¹⁹ de un nuevo derecho o situación jurídica. Así por ejemplo cuando el titular originario constituye para el adquirente un derecho nuevo pero “para cuyo nacimiento el derecho subjetivo de la primera relación es un presupuesto necesario”²⁰, como en la constitución de derechos reales limitados (usufructo, superficie, servidumbre) o de garantía (hipoteca, garantía mobiliaria, anticresis, etc.)²¹. En estos casos, se crea o constituye una nueva situación que se yuxtapone al derecho originario, del cual depende genéticamente, por lo que tendrá un idéntico referente objetivo pero un contenido diverso, lo que implica que puedan coexistir sin excluirse recíprocamente.

Así, entre la adquisición derivada por sucesión y la derivada constitutiva puede existir, en primer lugar, una diferencia cuantitativa, ya que “en el primer caso, con la transmisión del derecho en su integridad se traspasan todas las facultades; en el segundo caso, por el contrario, se transmiten únicamente algunas facultades”²². Lo cual sucede en la constitución de derechos reales limitados, como ya se ha indicado. Pero también puede ser cualitativa, por ejemplo, cuando estamos ante derechos de garantía, la situación jurídica y las

¹⁹ “También una adquisición derivativa puede tener por consecuencia, de otra parte, la nueva creación de un derecho, esto es, cuando el nuevo derecho creado se forma al separarse o independizarse del contenido del derecho que tenía el predecesor facultades especiales. A tan respecto se habla de una sucesión ‘constitutiva’ en un derecho (en contraposición a la sucesión ‘traslativa’): LARENZ, Karl. *Derecho Civil. Parte General*. Traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías–Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, p. 307.

²⁰ PUGLIATTI, Salvador. *Introducción al estudio del derecho civil*. Op. Cit., p. 207.

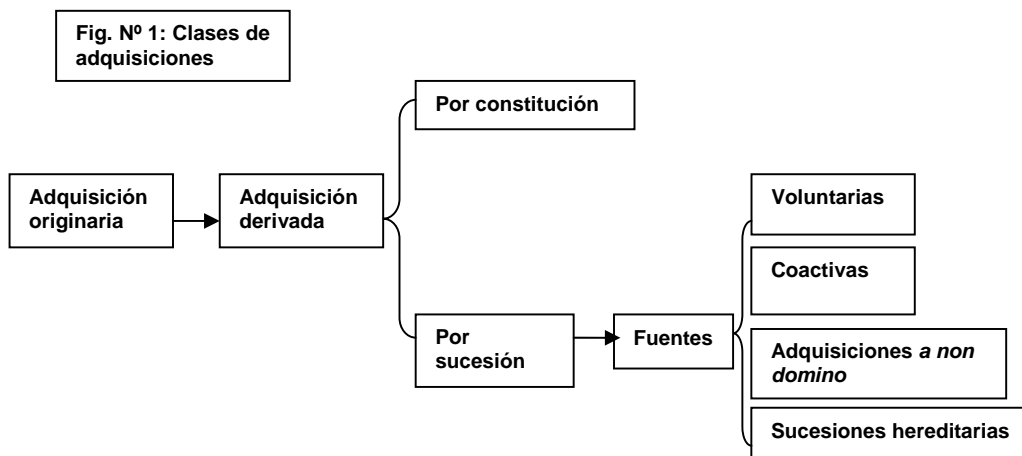
²¹ En este sentido Oertmann ha escrito que estaremos ante una adquisición derivativa cuando la transmisión alcance todo el derecho “pero también puede suceder que el antecesor transmita solamente al sucesor un derecho de menor extensión que el que aquél tenga sobre la cosa (“sucesión constitutiva”, como, por ejemplo, cuando el propietario C otorga a favor de D un derecho de usufructo, una servidumbre de paso o una hipoteca sobre su fundo). También en este caso existe una sucesión jurídica, pues, aunque el sucesor no adquiere precisamente el derecho que hasta entonces correspondía a su antecesor, es indudable que todo lo que adquiere lo recibe del material jurídico más extenso perteneciente a éste, no siendo la adquisición otra cosa que una adquisición derivativa”: OERTMANN, Paul. *Introducción al derecho civil*. Op. Cit., p. 183.

²² PUGLIATTI, Salvador. *Introducción al estudio del derecho civil*. Op. Cit., p. 207.

facultades otorgadas al acreedor hipotecario o al acreedor garantizado con una garantía mobiliaria, son particularmente distintas al del propietario o constituyente del derecho, pero recaen sobre un mismo objeto.

De otro lado, también debe apreciarse, que en la adquisición derivada por sucesión, el derecho se adquiere sin perder su identidad jurídico formal, toda vez que la situación precedente comparada -normativa y formalmente- con la siguiente sigue siendo la misma (es decir, es considerada solamente como una continuación de la anterior²³); mientras que en la adquisición derivada constitutiva, el derecho adquirido, si bien se ha desprendido de la situación anterior, es estructuralmente distinto en cuanto a su contenido (aunque siga recayendo sobre el mismo objeto).

Expuestas estas ideas, presentamos en la figura N° 01 un cuadro donde se resume, las distintas formas como se adquieren los derechos desde nuestra perspectiva:



²³ Para Bianca la identidad del derecho transferido es el resultado de un juicio de comparación jurídico-formal entre la situación anterior y la nueva, que nos arroja como resultado que, normativamente, puede considerarse a una situación jurídica como continuación de otra. En este sentido el insigne autor italiano afirma: “[a]ltra dottrina, più correttamente, ravvisa nell’identità un dato giuridico-formale, cioè il risultato di un giudizio di comparazione formale con cui una prima situazione giuridica è valutata rispetto ad un’altra precedente, ed è normativamente considerata come continuazione della seconda”: BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*. Ob. Cit., p. 569.

Ahora bien, el derecho de crédito es una parte integrante del patrimonio del acreedor y, por ende, un objeto susceptible de disposición dentro del comercio, es decir, un derecho patrimonial completo²⁴. Por esta razón, los Mazeaud ya nos decían hace muchos años que “[p]ara efectuar una transmisión directa de la obligación, hay que enfocar la obligación no ya como un vínculo de derecho, sino como un *elemento del patrimonio* susceptible de transmitirse sin ninguna modificación y fuera de la voluntad del obligado”²⁵. Razón por la cual debemos ver al vínculo obligatorio, no sólo como un vínculo personal, sino como un elemento del patrimonio, “elemento activo en el patrimonio del acreedor (...). Un crédito al igual que un derecho real mobiliario o inmobiliario, constituye un elemento de riqueza, una fracción del capital”²⁶.

Desde esta perspectiva, el crédito al ser un derecho subjetivo que pertenece al acreedor, pueden ejercitarse sobre él las facultades de disposición que le son inherentes a todo titular de un derecho patrimonial.

En consecuencia, si el acreedor quiere disponer voluntariamente de su crédito lo hará a través de los mecanismos que el derecho ha puesto a su disposición para tal efecto. Esto puede implicar la transmisión íntegra del derecho (a través de la cesión de créditos ex Art. 1206º CC) o la constitución de un derecho de otra naturaleza sobre el mismo, que puede ser un derecho limitado (usufructo sobre créditos) o un derecho de garantía (garantía mobiliaria sobre créditos)²⁷.

²⁴ *Ibíd.*, p. 447.

²⁵ MAZEAUD, Henri, León y Jean. *Lecciones de derecho civil*. Ob. y Vol. Cit., p. 496.

²⁶ *Ibíd.*, p. 474.

²⁷ Sobre el particular Von Tuhr ha escrito que: “Un fenómeno semejante a la cesión es el que consiste en gravar un crédito con un usufructo o un derecho de prenda. La ley (Código Civil, arts. 773, 899), y siguiendo a la doctrina, trata estos negocios jurídicos en relación con los derechos reales, a pesar de que, en realidad, no tienen con el usufructo y la pignoración de cosas más que la finalidad perseguida (disfrute vitalicio del crédito o aseguramiento del acreedor mediante el crédito que se le pignora, pues la estructura jurídica varía). En efecto, aquí no se trata, como en el usufructo y la prenda sobre cosas, de un derecho real (cuyo objeto sólo puede ser una cosa), sino de desmembrar del contenido del crédito ciertas facultades, para

Desde el punto de vista del adquirente del derecho, en cualquier caso siempre estaremos ante una adquisición derivada (ya que el crédito objeto de enajenación preexiste dentro de una relación jurídica anterior que será el punto de referencia normativo de la adquisición) y voluntaria (cuando la fuente de la adquisición sea la manifestación de voluntad del acreedor enajenante, por lo que en estos casos la voluntad del titular original del derecho –acreedor- sería la *fuerza propulsora que la opera*).

Sin embargo, desde punto de vista del efecto jurídico de la transmisión del crédito, el contrato de cesión (es decir un acto voluntario) no sería su fuente exclusiva, ya que dicho resultado puede ser igualmente alcanzado por otras fuentes como las transmisiones coactivas, hereditarias y a *non domino* (a las que denominaremos “*a non creditore*”).

Pero, en todo caso, el efecto jurídico de la cesión de créditos siempre implicará una *adquisición derivada por sucesión*; mientras que en la constitución de un derecho limitado (usufructo) o de garantía sobre el crédito (garantía mobiliaria sobre créditos) estamos ante una *adquisición derivada por constitución*.

Entonces, cuando se transmite un crédito sea en cesión o en garantía siempre se producirá una adquisición derivada por sucesión o por constitución, respectivamente. Y esta idea ha sido tomada en cuenta, aunque muy rudimentariamente, en la Ley de la Garantía Mobiliaria, cuando se diseñó la solución jurídica para el caso de las múltiples adquisiciones de derechos sobre un mismo crédito.

transferir a otro sujeto, sea con fines de usufructo o el derecho pignoraticio ciertas restricciones en su poder jurídico. Por eso el gravamen de un crédito con un usufructo o el derecho pignoraticio es materia que debe estudiarse en relación con régimen de la cesión de créditos”: VON THUR, Andreas. *Tratado de Derecho civil alemán. Obligaciones*. Tomo V. Ob. Cit., pp. 324-325

En este sentido, en el primer párrafo del art. 27º de la LGM, textualmente se dispone:

“La inscripción de la cesión de derechos en el Registro correspondiente, **ya sea en propiedad o en garantía**, otorga preferencia para su pago al cesionario desde la fecha de tal inscripción” (evidenciado nuestro).

Sin embargo, esta norma utiliza una fallida terminología, ya que la expresión “cesión de derechos” está siendo usada para referirse a la genérica transmisión del derecho, independientemente de la función práctica que vaya a cumplir el acuerdo de cesión (“en propiedad” o “en garantía”).

Empero, ¿Qué debemos entender por la cesión de un crédito?

2.2. La cesión de créditos desde sus dos perspectivas

Quien adquiere íntegramente un crédito de su anterior titular sucede a este en su posición jurídica. Esto significa, como ya se ha indicado, que se ha producido una adquisición derivada por sucesión, toda vez que formalmente la situación del nuevo titular es la misma que la del anterior. Con esta definición estamos describiendo la naturaleza genérica del efecto traslativo (que es común a todas las transmisiones de derechos por actos *inter vivos*, como por ejemplo la transferencia de la propiedad como consecuencia de un contrato de compra venta sobre un bien inmueble), pero no hemos dicho nada sobre el particular mecanismo por el cual se transfieren las situaciones crediticias, a saber, la cesión de créditos.

Los arts. 1206º y 1207º CC definen a la cesión de créditos como un acto (jurídico) de disposición, bilateral y formal (ya que debe constar por escrito bajo sanción de nulidad)²⁸. En este sentido, por el acto de cesión el cedente dispone

²⁸ En este sentido Sala de Procesos Ejecutivos de la Corte Superior de Lima en el expediente N° 99-29681-3394 (emitida el 14 de diciembre de 1999) ha señalado: “(...) **Segundo.-** Que, de acuerdo a los artículos mil doscientos seis y mil doscientos once del Código Civil la cesión es el acto de disposición en virtud del cual el cedente transmite al cesionario el

de un crédito transmitiéndolo al cesionario, para que este último pueda exigir una prestación a cargo del deudor cedido, siendo la intervención de este último, en la formación del acto, irrelevante para su validez, ya que se puede celebrar la cesión prescindiéndose de su asentimiento.

Como es de apreciarse, la definición contenida en el párrafo anterior, pone énfasis en la cesión entendida como un acto (o negocio) pero no lo vincula a un específico tipo negocial²⁹, razón por la cual, podrá adaptarse a cualquier negocio jurídico con función dispositiva. Lo que implica, que la disciplina normativa del acto de cesión se determinará por las reglas propias a esta figura y por aquellas referidas al negocio jurídico particular que le sirva de base³⁰, en cada caso (que puede ser una compraventa, permuta, donación, etc.). Por esta razón, se sostiene que la cesión de crédito es un negocio de causa múltiple, variable o genérica³¹.

Sin embargo, por cesión también se designa a la vicisitud traslativa del crédito a título particular entre vivos³² que puede derivarse de diversas fuentes,

derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, comprendiéndose en dicho acto jurídico los privilegios, las garantías personales, así como los accesorios del derecho transmitido.”.

²⁹ “[L]e cessioni di credito –al pari del trasferimento della proprietà- come un contratto autonomo, bensì come una prestazione contrattuale, priva di una causa specifica, dovendosi quest’ultima ricercare nel contratto che quella prestazione comporti”: MANNINO, Vincenzo. “Cessione del credito e novazione soggettiva dal lato attivo”. En *Rivista di diritto civile*, 2008, p. 697.

³⁰ En este sentido, Massimo Bianca, sostiene que al haberse disciplinado la cesión de crédito en la parte dedicada a la obligación en general (art. 1206° del CC italiano), la actual normativa queda desvinculada de una determinado tipo contractual a ser tomado como referencia. BIANCA, Massimo. *Diritto civile. IV. L’obbligazione*. Op. Cit., p. 570.

³¹ MANNINO, Vincenzo. “Cessione del credito e novazione soggettiva dal lato attivo”. Ob. Cit., p. 698. En este mismo sentido LACRUZ BERDEJO afirma que si bien la cesión “es un negocio dirigido a la transmisión del crédito [es] distinto conceptualmente del negocio que le sirve de causa y constituye su fin económico (venta, permuta, aportación social, cesión fiduciaria, pago, donación)”: LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos del derecho civil*. Ob. y Vol. Cit., p. 220. También, Díez Picazo, ha expresado que: “La pluralidad de posibles causas de la cesión ha permitido sostener que no es un tipo particular de negocio jurídico, sino que se limita a ser un acuerdo genérico dirigido a producir la transmisión *inter vivos* del derecho de crédito, de manera que puede quedar contenida en determinados contratos típicos o atípicos”: DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Ob. y Vol. Cit., p. 806.

³² Sobre el particular es importante realizar una aclaración, en el sentido que de que el propósito del legislador respecto al ámbito de aplicación de la cesión de créditos fue un poco

así será *negocial* si tiene como origen un negocio; *legal*, si tiene su origen en ley; y *coactiva*, si tiene su origen en una orden jurisdiccional³³. En este segundo sentido, la cesión abarca todos los fenómenos que impliquen una sucesión del crédito, es decir una modificación subjetiva del lado activo de la relación obligatoria que implique la transferencia del crédito de un sujeto a otro, sin perder su identidad formal, lo que significa que el crédito conserve sus privilegios, garantías conexas y todos los derechos accesorios que tenía (art. 1211º CC) e, inclusive, los vicios que originalmente le pudieran afectar.

Entonces, la expresión cesión de créditos puede ser entendida en dos sentidos precisos, el primero de ellos para referirse a la genérica vicisitud traslativa del crédito que puede producirse por diversas fuentes y, la otra, como un acto jurídico con función dispositiva o traslativa del crédito, celebrado entre el cedente y el cesionario, que es la fuente negocial más importante y utilizada para la circulación de esta clase de derechos personales.

2.3. Sobre la eficacia traslativa de la cesión (1)

más ambicioso, toda vez que como textualmente se afirma de la Exposición de Motivos –no oficial- compilada por Delia Revoredo de Debakey, esta norma (1206º CC) no debía limitarse a dar cabida solamente a un derecho de crédito “sino a todo otro derecho personal”, superándose supuestamente la figura del contrato de cesión de créditos del antiguo Código Civil de 1936 (REVOREDO DE DEBAKEY, Delia (Comp.). *Código Civil. Exposición de motivos y comentarios*. Lima: 1985, p. 366). Sin embargo, no se habría cumplido con este propósito ya que si estamos ante un derecho personal cuyo contenido está integrado por la facultad de exigir una prestación, entonces, única y exclusivamente estamos ante un crédito. Asimismo, en las normas que siguen al artículo 1206º vamos a encontrar mencionados en recurridas oportunidades expresiones como: “a la naturaleza de la obligación o al pacto con el deudor” (1210º CC); “la solvencia del deudor” (1213º CC y 1214º CC); “contra el deudor” (1215º CC); “El deudor que antes...” (1216º CC); y, “...comunicada al deudor” (1217º CC). Es evidente que casi toda la regulación gira en torno al derecho de crédito, la relación obligatoria en la que está integrado y al deudor cedido conjuntamente con el derecho. Por esta razón resultaría no solamente difícil (sino imposible) aplicar estas normas a otros tipos de derechos personales de naturaleza no obligacional donde, como resulta evidente, no existe ni obligación ni deudor.

³³ BIANCA, Massimo. Op. Cit., p. 570. En este mismo sentido, Espin afirma que: “atendiendo a su origen, se distinguen en la doctrina tres clases de cesiones, a saber: convencional o voluntaria, legal o necesaria y judicial. La primera es la que más importancia tiene, y sirve de base a la doctrina de la cesión, por lo que nos referiremos a ella principalmente”: ESPIN CANOVAS, Diego. *Manual de derecho civil español*. Ob. Cit., p. 286.

En nuestro ordenamiento civil, a diferencia de otros sistemas jurídicos³⁴, el acto o acuerdo de cesión no produce inmediatamente el efecto de transferir el derecho, toda vez que el art. 1215^{o35} CC establece que la cesión será ineficaz respecto al deudor cedido hasta que este la “acepte” o le sea comunicada fehacientemente, lo cual implica que el acto de cesión sería inicialmente ineficaz –por lo menos en su efecto principal- hasta que no se cumpla con la “comunicación fehaciente” o la “aceptación”.

De acuerdo a esta idea, cabe interrogarse sobre la importancia de los hechos descritos en el art. 1215^o CC. Como veremos la transferencia del crédito -efecto principal del acuerdo (o negocio) de cesión- se produce con la confluencia de dos elementos, el primero de ellos es el negocio o acto causal (título) y el segundo es un hecho ulterior que tiene la virtualidad de desencadenar el efecto traslativo (modo)³⁶. Este último hecho jurídico consiste en la notificación al deudor cedido, que puede conseguirse mediante la “comunicación fehaciente” o con la declaración unilateral del deudor expresando conocerla o autorizando la producción del efecto traslativo (esto

³⁴ En el ordenamiento civil español y alemán, se acepta pacíficamente que, por regla general, el acuerdo de cesión produce el efecto inmediato de transferir el crédito del cedente al cesionario, sin necesidad de ningún hecho o acto adicional. En este sentido: LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos del derecho civil*. Op. Cit., p. 220; DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Ob. Cit., p. 806.

³⁵ El antecedente de este artículo lo encontramos en el artículo 1264^o del Código Civil Italiano de 1942^o, el mismo que textualmente prescribe: “1264.- Eficacia de la cesión respecto del deudor cedido.- La cesión tiene como efecto respecto del deudor cedido cuando este la ha aceptado o cuando le ha sido notificada.” Sin embargo, esta fue claramente influenciada por el artículo 1691^o del Code Civil francés de 1804, el mismo que prescribe: “Art.1.691. Si, antes de que el cedente o el cesionario le hayan notificado al deudor la transmisión, este le hubiera pagado al cedente, quedará liberado válidamente”.

³⁶ Cabe observar como correctamente lo ha expresado Forno Flórez, que “en el Derecho Romano existía una clara separación entre lo que hoy se conoce como el título y el modo. El título era la justificación jurídica en cuya virtud se sustentaba un desplazamiento patrimonial y el modo el mecanismo establecido por el Derecho para producir el desplazamiento. No resulta ocioso hacer notar, que el modo no respondía a un capricho que a los romanos se les ocurrió establecer irreflexivamente. Respondía a una exigencia que hasta ahora se mantiene y que no era otra que la de constituir un mecanismo objetivo de publicidad sobre la transmisión del derecho. Tenía pues, una función ciertamente distinta al título”: FORNO FLORÉZ, Hugo. “El Contrato con efectos reales”. En: *Ius et Veritas*. Núm. 7, 1993, p. 80.

último sólo en casos excepcionales), a la cual se denomina impropia-mente “aceptación”.

2.3.1. Una precisión necesaria: sobre los significados de “comunicación fehaciente” y “aceptación”

Antes de seguir avanzando, debemos precisar en qué consistirían la “comunicación fehaciente” y la “aceptación del deudor”; términos con un significado muy particular para la cesión de créditos.

Por “comunicación fehaciente” debemos entender a aquel procedimiento jurídicamente calificado para transmitir cierta información relevante al deudor sobre el acto de transferencia del crédito. Pero, para que la comunicación sea “fehaciente”, puede entenderse que esta debe realizarse por un medio que sea susceptible de ser corroborado, es decir que pueda darse fe o hacerse fidedigna la comunicación³⁷ (por ejemplo la notificación mediante documento de fecha cierta al deudor en su domicilio). Esto, lógicamente, no implica un conocimiento efectivo, sino un subrogado del conocimiento derivado del procedimiento técnico-jurídico ejecutado.

Sin embargo, desde nuestra perspectiva la comunicación “fehaciente” debería ser entendida como la comunicación dirigida al deudor cedido que contenga una prueba razonable de la existencia del acto de cesión sobre el crédito al que se encuentra obligado. Precisamente, porque el deudor para ejecutar la prestación a favor de un sujeto distinto con el que originalmente contrató debe tener la certeza de que se encuentra plenamente legitimado a recibir el pago con efectos liberatorios, esto es en el contexto de la cesión, que es el titular actual del crédito cuya adquisición –o cadena de adquisiciones- deriva del acreedor primigenio. Esta finalidad se logra, precisamente, cuando es

³⁷ En el sistema francés, por ejemplo la notificación a la que se refiere el artículo 1260º del *Code civil* “no es una notificación cualquiera, por carta o verbal; es una actuación del oficial de justicia, documentada en instrumento público que se cumple según la regla común, personalmente o a domicilio”: RIPERT, Georges-BOULANGER, Jean. *Tratado de derecho Civil*. Ob. Cit., p. 457.

el mismo cedente, acreedor original, quien comunica la cesión indicando quien es la persona (cesionario) que es el actual acreedor o, en su defecto, la comunicación del mismo cesionario que acompañe una prueba razonable del acto de disposición sobre el crédito. Así lo admite (y recomienda) la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) en la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas*, en donde textualmente dice:

“g) El deudor del crédito, de serle notificada la cesión por el cesionario tendrá derecho a pedirle que presente en un plazo razonable prueba suficiente de que la cesión del cedente inicial en beneficio del cesionario inicial y todas la cesiones intermedias han tenido lugar y, de no hacerlo el cesionario, el deudor del crédito quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con lo dispuesto en la presente recomendación como si no hubiera recibido la notificación del cesionario. Por prueba suficiente de la cesión se entenderá cualquier escrito emitido por el cedente o cualquier prueba equivalente, en que se indique que la cesión ha tenido lugar”³⁸.

De otro lado, la expresión “aceptación del deudor”, a la que alude el art. 1215° CC, cuyo antecedente más remoto lo encontramos en el art. 1.690° del Código Civil francés³⁹, no es una declaración que integre el acuerdo de

³⁸ Guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Nueva York, 2010. En <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/security-lg/s/09-82673ebook-S.pdf>, p. 520 del PDF

³⁹ Como hemos ya indicado en el Cap. I, el art. 1.690 del *Code Napoléon* dispone que: “El cesionario no recibe la posesión, con respecto a terceros, sino por la notificación de la transmisión, hecha al deudor./ No obstante, el cesionario puede entrar en posesión igualmente **por la aceptación de la cesión**, formulada por el deudor en un documento auténtico”.

Sobre este segundo párrafo los Mazeaud, ya hace más de medio siglo, admitían que utilizar la palabra “aceptación” era incorrecta. En este sentido estos autores han escrito: “La palabra *acceptación*, que figura el artículo 1.690, es inexacta: el deudor no tiene que dar ningún consentimiento, ni ninguna aceptación; tan solo afirma que tiene conocimiento de la cesión”: MAZEAUD, Henri, León y Jean. *Lecciones de derecho civil*. Op. Cit. pp. 500. Del mismo parecer son Planiol-Ripert, quienes expresan: “La palabra *acceptación* se presta a confusiones dado que

cesión⁴⁰, como podría pensarse, sino simplemente un acto unilateral que manifiesta el conocimiento efectivo sobre el acto realizado, razón por la cual, algún autor la ha calificado como una “declaración de ciencia”⁴¹. En este sentido, para Planiol y Ripert, “la aceptación debe entenderse respecto al deudor como una simple confesión del conocimiento que tiene de haberse hecho la transmisión y en este sentido puede substituir a la notificación”⁴².

2.3.2. Sobre la eficacia traslativa de la cesión (2)

Precisados entonces, los significados de las expresiones “aceptación del deudor” y “comunicación fehaciente”, debemos ahora resaltar que nuestro Código Civil (art. 1215º) prescribe que la cesión será “eficaz” para el deudor cedido desde el momento en que este la acepte o le sea comunicada fehacientemente, lo que implica necesariamente que antes de estos hechos, el crédito no habrá circulado de la esfera del cedente a la del cesionario, es decir, que el efecto traslativo aún no se ha producido, ya que mientras el cesionario no tenga la facultad de exigir la ejecución de la prestación al deudor (es decir, mientras la cesión no sea “oponible” o “eficaz”), en realidad, no habrá adquirido ningún derecho contra el deudor.

parece implicar que el deudor ha sido consultado en cuanto a la cesión y que debe dar su consentimiento lo que no es exacto”: PLANIOL, Marcelo-RIPERT, Jorge. *Tratado práctico de derecho civil francés*. Op. Cit., p. 440. En este mismo sentido, RIPERT-BOULANGER nos dicen: “No hay que confundirse sobre el sentido de la fórmula legal: la aceptación no es evidentemente una aprobación de la cesión por el deudor cedido; es la declaración de que reconoce al cesionario como su acreedor”: RIPERT, Georges-BOULANGER, Jean. *Tratado de derecho civil*. Ob. y Vol. Cit., p. 458.

⁴⁰ En el derecho francés se ha afirmado que: “No hay que confundir sobre el sentido de la fórmula legal: la aceptación no es evidentemente una aprobación de la cesión por el deudor cedido; es la declaración de que reconoce al cesionario como su acreedor”: RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Ob. Cit. pp. 458.

⁴¹ En este sentido Bianca señala: “Il debitore può anche accettare la cessione. L'accettazione del debitore cedula non concorre tuttavia alla formazione del contratto di cessione, che non deviene per ciò stesso un negozio plurilaterale, né è una semplice dichiarazione di scienza. Essa integra piuttosto un riconoscimento del debito verso il nuovo creditore”: BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile. IV. L'obbligazione*. Op. Cit., p. 580.

⁴² PLANIOL, Marcelo- RIPERT, Jorge. Op. Cit., p. 441.

En este sentido, y comentando el art. 1264º del *Codice Civile* italiano cuya redacción ha influenciado –evidentemente– en el art. 1215º de nuestro código patrio, T. Mancini concluye que para la transferencia de los derechos relativos (créditos) la única solución posible es aquella que implica identificar en la notificación al deudor o en la aceptación por parte de este el momento traslativo crédito⁴³.

Si asumimos una posición contraria, consistente en que el negocio causal produce inmediatamente el efecto traslativo, es decir, que se perfecciona con el solo consentimiento, antes de la comunicación o la aceptación, tendríamos que admitir, también, que el crédito transferido de manera simultánea –es decir en un mismo momento– tenga dos titulares.

En efecto, si aceptamos que la transferencia del crédito se produce como una consecuencia inmediata del acuerdo de cesión, el cesionario sería el nuevo acreedor y titular actual del derecho frente al cedente; pero frente al deudor cedido aún no lo sería, ya que la cesión no comunicada es inoponible (ineficaz) frente al deudor cedido. En otras palabras, el acreedor sería el cesionario con respecto al cedente, porque ya habría transmitido el crédito con la mera celebración del acuerdo de cesión, aplicando supuestamente el art. 1206º CC; mientras que para el deudor cedido, el acreedor seguiría siendo el cedente, porque aún no le ha sido comunicada el acto de transferencia (art. 1215º CC). Esto resulta un contrasentido, ya que se es titular de un derecho o no, sobre todo si estamos ante un derecho personal que solamente puede ser ejercitado ante una específica persona (a saber, contra el deudor).

Por esta razón, sostener que al cesionario se le ha transferido el crédito con el sólo consentimiento, pero aún no la posibilidad de exigir el crédito frente al deudor, resulta absurdo, ya que: ¿qué clase de crédito ha adquirido el cesionario que no le otorga ninguna facultad contra el sujeto obligado? La

⁴³ MANCINI, Tommaso. “La cessione dei crediti”. Op. Cit., p. 390.

respuesta es una sola: mientras el cesionario no pueda ejercitar las facultades contenidas en el crédito frente al sujeto obligado, no ha adquirido nada y, por tanto, aún no es el acreedor. Esto, precisamente porque la premisa indispensable para la existencia del crédito es que pueda hacerse valer contra el sujeto obligado⁴⁴.

La tesis criticada, a la que podríamos denominar como la del “efecto traslativo inmediato”, “sistema consensual de la cesión” o del “consenso traslativo”⁴⁵, es incoherente y diametralmente opuesto a las normas que regulan el funcionamiento de la circulación de las situaciones jurídicas de crédito en

⁴⁴ “[N]on può pensarsi ad un diritto di credito che non possa essere fatto valere verso il debitore. Mentre nella proprietà e nei diritti reali in genere l’obbligo del soggetto passivo è il derivato della pretesa, nel rapporto obbligatorio la situazione debitoria è la premessa indispensabile del diritto soggettivo”: MANCINI, Tommaso. “La cessione dei crediti”. Op. Cit., p. 387.

⁴⁵ Sobre el particular puede verse: BIANCA, Massimo. “Reflexiones sobre el principio del consenso traslativo”. En *Themis*. Núm. 38, pp. 73–80. De acuerdo a este autor, fue el Código Civil francés el que recogió una regla existente muy utilizada (p. 78), consistente en que la transferencia del derecho de propiedad se produce por efecto del simple consenso (artículo 1138 del Código de Napoleón prescribe: “*La obligation de entregar la cosa es perfecta por el sólo consentimiento de las partes contratantes. Ella hace al acreedor propietario y pone la cosa a su riesgo desde el instante que debió entregarla, aun cuando la tradición no se haya realizado, a menos que el deudor incurra en mora; en cuyo caso la cosa queda a riesgo de este último*”), criterio que fue adoptado en gran medida en el sistema italiano pero rechazado en otros como el alemán, donde la transferencia se subordina a formalidades externas al contrato, como un acto de entrega (tradición) o a la inscripción en los registros públicos (pp. 78–79). En consecuencia, que los negocios de enajenación produzcan por sí mismos la mutación jurídica o requieran de un hecho ulterior, dependería de la especial regla que haya sido adoptada para la transmisión del derecho en cuestión. Ahora bien, en los sistemas que han optado alejarse del antiguo principio del consenso traslativo, lo han hecho por razones estrictamente ligadas a las finalidades del comercio jurídico, en donde se requiere de una señal externa que dé certidumbre sobre la transferencia (así para el caso, de la negociación de bienes inmueble la señal externa no es más el hecho histórico de entrega sino de la inscripción en un registro permanente de consulta pública) (p. 79). Ahora, si bien el derecho francés y el italiano ha adoptado por regla general el principio del consenso traslativo, también es cierto, que se ha suavizado sus alcances como resultado de la aplicación del instituto de la “transcripción”, en donde antes de este momento en la cabeza del titular existe una híbrida situación de propiedad “relativa” (p. 79). Lo dicho anteriormente, respecto a la aplicación del principio consenso traslativo queda, sin embargo totalmente vaciado de contenido en la circulación de los derechos mobiliarios (ventas de bienes muebles), en donde la enajenación se produce en el cambio en la posesión de la cosa. (p. 79).

nuestro sistema, razón por la cual debemos desecharla, a pesar que ha sido defendida por destacados autores en otros sistemas jurídicos⁴⁶.

2.4. El sistema de transferencia de los derechos de crédito y su recepción en la jurisprudencia

Ahora bien, a nivel jurisprudencial es aceptado regularmente que la comunicación fehaciente al deudor es una condición de eficacia para el acuerdo encaminado a transferir un crédito⁴⁷. En este sentido, la Corte Suprema de la República en la Casación N° 2768-2003-Arequipa, sostiene que:

*“La comunicación hecha al deudor, no lo faculta en aceptar o no la cesión, puesto que puede realizarse la cesión a pesar de la falta de conocimiento del deudor, constituyendo dicho conocimiento **tan solo un requisito de eficacia**”⁴⁸ (evidenciados nuestros).*

⁴⁶ En efecto, destacados autores defienden esta posición. Así, por ejemplo, para Pugliatti el acuerdo de cesión es un supuesto de hecho perfecto que no requiere de un acto adicional para producir sus efectos. En este sentido, el autor en comentario, sostiene: “Dunque la cessione è una fattispecie in sè perfetta e compiuta, e non richiede alcun atto giuridico (notificazione, adesione del debitore ceduto), per la sua perfezione. Codesti atti sono estranei alla fattispecie di essa, e possono essere sostituiti da qualsiasi atto o fatto, che abbia provocato la conoscenza dell'avvenuta cesione del debitore”: PUGLIATTI, Salvatore. *La trascrizione*. Vol. I. Tomo I. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1957, pp. 308–390. En este mismo sentido, Bianca expresa: “Come atto di trasferimento la cessione è un contratto che si perfeziona col consenso del cedente (l'originario creditore) e del cessionario (il nuovo creditore)/ Il cedente e il cessionario sono le parti del contratto di cessione, il quale è di per sé produttivo del trasferimento del credito in applicazione del principio del consenso traslativo (1376 cc: III, n. 238)”. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile. IV. L'obbligazione*. Op. Cit. p. 579. Esta posición también encontró cabida en los autores clásicos franceses, quienes igualmente sostenían que el acuerdo de cesión producía inmediatamente sus efectos. Esto es de verse, por ejemplo, en Planiol y Ripert, quienes señalaban que “la transmisión se produce en el instante mismo en el que se perfecciona la compra venta”: PLANIOL, Marcelo-RIPERT, Jorge. *Tratado práctico de derecho civil francés*. Op. Cit., p. 455.

⁴⁷ Como puede apreciarse del siguiente extremo considerativo de una Resolución de la (ex)Sala de Procesos Ejecutivos de Lima emitida el 14 de diciembre de 1999, en el Exp. N° 99-29681-3394: “Tercero.- Que, como es de verse de la carta notarial de fojas sesenta el cesionario comunicó al deudor la adquisición de la obligación puesta a cobro, dándose así cumplimiento a lo dispuesto en el artículo mil doscientos quince del Código Sustantivo acotado”.

⁴⁸ Tomado de: *El Código Civil en su jurisprudencia: sentencias vinculadas con los criterios y figuras jurídicas del Código Civil*. Primera Edición. Lima: Gaceta Jurídica Editores S.A., 2007, p. 414

Entonces, el efecto traslativo del crédito requiere de la unión dos eventos de manera secuencial. El primero es el acuerdo de cesión que tiene por finalidad transferir un crédito y el segundo es la comunicación al deudor –por regla general- y de manera excepcional la manifestación que este emita declarando conocer o autorizar el acuerdo de cesión celebrado (“aceptación”⁴⁹). Es claro que el primer momento está relacionado con la validez del acuerdo de cesión (que puede formarse sin la intervención del deudor) mientras que el segundo está conectado con su eficacia, es decir, la transmisión del crédito.

Así ha sido interpretado por nuestra jurisprudencia, como es de verse del pronunciamiento emitido por la Sala de Procesos Ejecutivos de Lima en el Exp. Nº 97-65906 (resolución del 14 de enero de 1999), en donde se señala:

“Cuarto.- Que al respecto, cabe señalar que no debe confundirse la constitución de la cesión de derechos con sus efectos. Quinto.- Que en virtud a ello, el artículo mil doscientos seis del Código Civil señala de manera expresa que la cesión puede hacerse (conformarse) aun sin el asentimiento del deudor, en tanto que el artículo mil doscientos quince dispone que la cesión produce efecto contra el deudor cedido desde que éste la acepta o le es comunicada fehacientemente”.

Tomando en cuenta que el sistema de transferencia del crédito está regido por un título (acuerdo de cesión) y un modo (comunicación al deudor), se vuelve inteligible lo establecido en los arts. 1206º, 1215º y 1216º CC sobre el particular.

Así, la primera de estas normas prescribe que para la formación del acto causal o negocio encaminado a ceder un crédito, sólo se requiere la confluencia

⁴⁹ Cabe reiterar que el término “aceptación” ha sido incorrectamente utilizado en el art. 1215º CC, ya que solamente se refiere a la declaración emitida por el deudor relativa al conocimiento que tiene con respecto al negocio de cesión (que puede constar en el mismo acto de cesión o en un instrumento independiente) y no una declaración que deba integrarse como un elemento para la formación del consentimiento negocial.

de las voluntades del cedente y el cesionario, razón por la cual, para la validez del acuerdo no se necesita el “asentimiento” del deudor cedido. En este sentido, el negocio será válido pero ineficaz, ya que el art. 1215^o nos dice taxativamente que aquel acto no producirá efectos frente al deudor (lo que implica una ineficacia absoluta respecto al efecto traslativo principal) hasta la comunicación o la “aceptación”.

Entonces, si aún no se ha cumplido con comunicar formalmente el acuerdo de cesión y, por ende, este es ineficaz, si el deudor paga a favor del cedente se extinguirá el vínculo obligatorio liberándose del mismo porque ha cumplido a favor de quien es aún su acreedor. Sin embargo, el deudor no quedará liberado (según el art. 1216^o CC) si es que el cesionario prueba que conocía razonablemente, de alguna forma el acuerdo de cesión aún ineficaz y, por tanto, el pago se hizo de mala fe. Esta regla se justifica porque el acuerdo de cesión antes de ser comunicado –a pasar de ser ineficaz con respecto a su efecto principal- crea una situación intermedia encaminada a la adquisición de un derecho –denominada expectativa⁵⁰- que tiene plena relevancia jurídica y, por tanto, es protegida ante las actuaciones de mala fe encaminadas a evitar su normal desenvolvimiento (como, en este caso, donde estamos ante el pago realizado por el deudor que *sabía* del acuerdo de cesión celebrado y la futura adquisición que perjudicaba con su actividad solutoria)⁵¹.

Pero, un caso absolutamente distinto es aquel en el cual pese a haberse realizado la comunicación formal (fehaciente) al deudor -y haberse producido el efecto traslativo (art. 1215^o CC)- este sujeto ejecuta la prestación a favor del cedente (ignorando por negligencia la comunicación realizada), donde no se produciría efecto liberatorio alguno, porque, simplemente, no se ha pagado al

⁵⁰ Sobre la expectativa como situación jurídica, v. nota 10 del presente Capítulo.

⁵¹ En este mismo sentido, comentando el segundo párrafo del art. 1264^o del *Codice civile* se ha escrito acertadamente que: “Nell’art. 1264 c.c. il legislatore ha invece disciplinato una situazione reale, rendendo liberatorio il pagamento fatto all’effettivo creditore. Unico limite la mala fede del debitore che è a conoscenza di una situazione che, pur essendo preliminare, ha la sua giuridica rilevanza”: MANCINI, Tommaso. “La cessione dei crediti”. Ob. Cit., p. 389.

acreedor actual, que ahora sí es exclusivamente el cesionario (en este caso, de haberse actuado por error, al deudor le quedará eventualmente la acción de pago indebido⁵² contra el cedente que recibió la prestación).

Como se desprende de todo lo antedicho, para la producción del efecto traslativo del crédito se requiere un título (negocio causal) y un sucesivo hecho ulterior al que podemos denominar modo (la comunicación o la aceptación). En este sentido, concluimos que para la transferencia del crédito se ha establecido, quizá sin que el legislador se haya dado cuenta, un sistema de título y modo⁵³.

Cabe observar, que algún autor nacional también sostiene –pero desde una perspectiva radicalmente distinta- que se habría impuesto el sistema del título y el modo para la circulación de las situaciones creditorias, aunque por razones distintas a las expuestas en esta investigación, las cuales, lógicamente, no compartimos.

En efecto, Luciano Barchi Velaochaga, también sostiene que se ha establecido la aplicación del sistema del título y modo para la transferencia de las titularidades sobre las situaciones jurídicas creditorias, pero de una forma substancialmente distinta a la que hemos explicado. En este sentido, el autor

⁵² Sobre el pago indebido puede consultarse: MOSCATI, Enrico. “Concepción real y concepción patrimonial del enriquecimiento en el sistema de los artículos 2037 y 2038 del C.C. Italiano”. En *Revista crítica de derecho inmobiliario*. Núm. 535. Nov.-Dic.1979, pp. 1245-1267; MOSCATI, Enrico. “Pago indebido subjetivo y mecánica de la relación obligatoria”. En *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Núm. 541, Nov.-Dic. 1980, pp.1357-1398; MOSCATI, Enrico. “Apuntes histórico-reconstructivos acerca de la pretendida contraposición entre el pago objetivo y subjetivo”. En *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Núm. 532, Mayo–Junio 1979, pp. 557-586.

⁵³ Es oportuno señalar, en este extremo, que nuestro Código Civil ha consagrado la teoría del título y el modo en el art. 947º para la transferencia del derecho de propiedad sobre bienes muebles. Sin embargo, este artículo no es aplicable al régimen de circulación de los derechos personales por que el vínculo entre el acreedor y su crédito no es de propiedad sino de pertenencia o titularidad, y cuando se dispone de él se ejercita un poder jurídico de naturaleza abstracta y no la facultad de “disposición” del propietario del crédito. Así que hablar de “propiedad” sobre créditos resulta no solo equivocado sino totalmente descabellado. De otro lado, un crédito al ser una entidad ideal (es decir sin existencia material) no es susceptible de ser entregado, sino y sólo en ciertos caso, los documentos que lo representan o pueden probar su existencia, por esta razón, también resulta inviable aplicarle el régimen del art. 947º CC que adopta precisamente como el modo para la transmisión del derecho la entrega del bien sobre el que recae.

sostiene que para que el efecto traslativo tenga lugar se requieren dos elementos: (1) un acto de obligación (título) y (2) un acto de disposición (modo).

En palabras del mismo autor:

“Al adoptarse el sistema del título y modo en la transferencia de la titularidad de situaciones jurídicas creditorias, son necesarios dos actos para que dicha transferencia se produzca: Un acto de obligación (título) y un acto de disposición (modo)”⁵⁴.

En este sentido, para Barchi, “[d]e conformidad con el artículo 1206º del Código, la cesión es el modo (acto de disposición) por el cual se transfiere la titularidad de una situación jurídica subjetiva distinta a la propiedad”⁵⁵; mientras que “el título sólo genera la obligación de transferir la titularidad del crédito, pero para la transferencia efectiva de la titularidad se requiere un modo”, agregando que “sólo con el modo el cesionario se transforma en acreedor”⁵⁶.

Esta posición, inclusive, parece ser sostenida por algún pronunciamiento jurisdiccional. Así en la CAS. N° 74-99-CALLAO (publicada en *El Peruano* el 30/08/2000) se lee:

“En caso de una cesión de derechos, el título para la transferencia está dado por la relación contractual o extracontractual que genera la obligación de transferir el derecho, siendo la cesión el modo de transmisión”.

Sobre el particular, cabe oponer serios y graves reparos, ya que el denominado “título” al se hace referencia es el negocio causal o fuente que tiene por función transferir (disponer) el crédito, en donde el acuerdo de ceder

⁵⁴ BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. “La cesión de créditos en el Código Civil peruano de 1984”. En *Revista de magister en derecho Civil*. Vol. 4-5, 2000-2001. Fondo Editorial de la PUCP (Edición Febrero de 2005), p. 215.

⁵⁵ BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. Ob. Cit. p. 217.

⁵⁶ BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. Ob. Cit. p. 215.

es una pieza más de la única e inescindible voluntad negocial que no puede ser separada de manera tan artificial en dos acuerdos distintos (un acto obligatorio y otro dispositivo). Lo cierto, es que en un negocio con función traslativa existe un solo y único acto que tiene por propositito disponer de un crédito a cambio de algo (venta, permuta, etc.) o a cambio de nada (donación) de donde emanarán efectos traslativos y obligatorios, si estos últimos están previstos. Es por esta razón, que resulta inconcebible sostener que existen dos actos distintos donde sólo hay uno para “encontrar” de alguna manera un “modo” de producción del efecto en el acuerdo mismo.

A mayor abundamiento, debemos recordar que las normas de cesión de créditos no regulan un acuerdo o contrato típico, sino fundamentalmente un efecto jurídico con causas múltiples o genéricas, razón por la cual, afirmar que la “cesión” es el modo para la producción del efecto traslativo es lo mismo a decir que “el efecto es efecto de sí mismo”. En este sentido, debemos recordar que el modo es un hecho aislado y posterior al negocio fuente (título) que tiene la virtualidad de producir el efecto traslativo, no el efecto mismo producido o el mismo acto visto desde su función traslativa. La cesión es un efecto jurídico y no un hecho jurídico separado del negocio causal que le sirve de base. Como puede apreciarse, un efecto jurídico no puede ser calificado desde ningún punto de vista como “modo” de producción “de sí mismo”.

Quizá la fuente de donde nace el error en el que incurre Luciano Barchi, la podemos encontrar en la artificial diferencia que crea entre acto obligatorio y acto dispositivo, con la idea de que constituyen actos distintos y, por tanto, escindibles y calificables, uno como contrato (título) y el otro como modo, lo cual es un grave error. Sin embargo, es comprensible su equivocación, toda vez que la distinción entre actos obligatorios y dispositivos ha sido muy difundida en los sistemas germánicos de transmisión de derechos. En este sentido, por ejemplo, Von Thur sostenía hace muchos años que la cesión (...) no constituye un contrato en sentido estricto, es decir, una convención creadora de obligaciones, sino un acto de disposición, por medio del cual el crédito sale del patrimonio del

cedente y entra en el patrimonio del cesionario”⁵⁷. Sin embargo, cabe objetar que esta opinión tiene sentido sólo en sistema alemán, donde existe un concepto propio de actos de disposición, claramente diferenciada de los negocios encaminados a producir obligaciones y particularmente la transmisión del crédito es un efecto directamente vinculado al acuerdo de cesión. En este sentido, para Oertmann por actos de disposición se entienden “aquellos actos jurídicos que producen directamente el desplazamiento patrimonial deseado, la transmisión del derecho, por ejemplo, el acto traslativo de la propiedad o la cesión de un crédito. En contraposición con ellos, las obligaciones resultan de actos por los cuales el sujeto se compromete solamente a transmitir posteriormente el objeto al patrimonio de la otra parte”⁵⁸. Como es de verse, únicamente se están refiriendo a que algunos contratos producen efectos traslativos inmediatos (de disposición de derechos), como el caso de la cesión de créditos en el sistema alemán, y otros obligatorios, pero ambos como consecuencias jurídicas de un único e inescindible negocio jurídico que les sirve de base.

2.5. La derogada regla de concurrencia de cesionarios del artículo 1217° CC

La mayor parte de derechos de crédito son susceptibles de ser enajenados, fundamentalmente por constituir un activo más en el patrimonio del acreedor. Así, el acreedor, como titular del crédito, puede celebrar distintos actos de disposición sobre este particular objeto, entre los cuales tenemos a la cesión de créditos, a la garantía mobiliaria sobre créditos y, además, al usufructo sobre créditos⁵⁹.

⁵⁷ VON THUR, Andreas. *Tratado de Derecho civil alemán: Obligaciones*. Ob. y Vol. Cit., p. 286.

⁵⁸ OERTMANN, Paul. *Introducción al derecho civil*. Ob. Cit., p. 182.

⁵⁹ El usufructo sobre créditos está regulado en el art. 1019° del Código Civil en los siguientes términos: “El usufructuario de un crédito tiene las acciones para el cobro de la renta y debe ejercitar las acciones necesarias para que el crédito no se extinga”.

En otras palabras, el titular del crédito puede cederlo a través de un acto de disposición (al que denominamos comúnmente cesión de créditos), que implicará una transmisión íntegra del derecho desde su esfera patrimonial hacia la de otro sujeto que lo adquiere, a quien se denomina cesionario o, en otras, adquirente del crédito, siendo esta clase de adquisición una derivativa por sucesión.

Sin embargo, también, puede disponerse del crédito creando un derecho de garantía que recaiga sobre el mismo, para asegurar el cumplimiento de otra relación obligatoria (figura que era conocida como la “prenda sobre créditos” y que actualmente ha sido sustituida por la “garantía mobiliaria sobre créditos”). En este caso, quien adquiere el *nuevo* derecho viene a ser un “acreedor garantizado”, por lo que esta adquisición es derivativa pero por constitución.

Si esto es así, puede darse el caso que un mismo crédito sea dispuesto varias veces tanto “en cesión” como “en garantía” o, inclusive, de las dos formas a la vez. Por lo que deberá determinarse cuál de todos los sujetos que reclaman la titularidad sobre el crédito será efectivamente el nuevo acreedor o, en el caso de la garantía mobiliaria, quien tendrá un derecho preferente sobre el acreedor para apropiarse del derecho y beneficiarse con la prestación o disponer de él realizando su valor.

En cualquier caso, en presencia de cesiones múltiples o garantías múltiples, mínimamente vamos a encontrar cuatro centros de interés como mínimo (acreedor cedente, deudor cedido, y dos cesionarios en cesión o en garantía), graficaremos el supuesto básico de la concurrencia de cesionarios en el siguiente caso (a efectos de volver más comprensible el conflicto que se genera):

- Andrés es el titular de un crédito contra el obligado Diego. Asimismo, Andrés vende este crédito a Cesar, pero seguidamente también lo

enajena a través de una permuta a Celso y, posteriormente, constituye una garantía mobiliaria sobre su crédito a favor de Carlos.

Ahora, Cesar y Celso alegarán haber adquirido el crédito como comprador y permutante, respectivamente, mientras que Carlos pretenderá tener un derecho preferente para el cobro sobre el mismo derecho de crédito contra el obligado Diego. La pregunta que debemos responder es: ¿qué criterio utilizaremos para elegir entre los cesionarios –Cesar y Celso- y el acreedor asegurado -Carlos- a efectos de asignar a uno de ellos el derecho de crédito objeto de los distintos actos de disposición o, en todo caso, la preferencia para recibir la prestación?

La situación descrita en el párrafo anterior es, en términos muy sencillos, el escenario típico de una concurrencia de cesionarios (es decir, una circunstancia en la que distintos sujetos pretenden la adquisición de derechos que recaen sobre un mismo crédito, por sucesivos o simultáneos actos de disposición de su original titular (cedente o constituyente de la garantía).

Sobre este problema, nuestro CC había dado una solución muy simple (aunque racional y eficiente para la época de la codificación), que básicamente consistía en que el titular del crédito sería aquel primer cesionario que notifique de manera fehaciente al deudor el acuerdo de cesión celebrado o, en todo caso, el primero que se procure la aceptación (del deudor). En este sentido, el derogado art. 1217º CC, que tiene como antecedente directo al art. 1265º del *Codice Civile* italiano de 1942⁶⁰, establecía la siguiente regla para la preferencia entre los cesionarios que entraban en conflicto:

⁶⁰ Artículo 1265º del Código Civil Italiano de 1942, prescribe: “**Eficacia de la cesión respecto a los terceros.**– Si el mismo crédito ha constituido objeto de varias cesiones a personas diversas, prevalece la cesión notificada primeramente al deudor, o aquella que ha sido primeramente aceptada por el deudor, por acto de fecha cierta, aún cuando la misma sea de fecha posterior. //La misma norma se observa cuando el crédito ha sido objeto de constitución de usufructo o de prenda.”

“Artículo 1217.- Si un mismo derecho fuese cedido a varias personas, prevalece la cesión que primero fue comunicada al deudor o que éste hubiera aceptado”⁶¹.

Como podrá observarse, este artículo estaba en íntima conexión con el art. 1215º CC, el mismo que establece el mecanismo para la transferencia del crédito. En este sentido, cabe reiterar que el art. 1215º CC prescribe:

“Artículo 1215.- La cesión produce efecto contra el deudor cedido desde que éste la acepta o le es comunicada fehacientemente”.

A su vez, en el caso de la prenda sobre créditos el derogado art. 1085º CC establecía con respecto a la prelación de acreedores pignoratícios lo siguiente: que si sobre un crédito existían varios derechos de prenda, la prelación la tendría aquel cuyo derecho preceda al de los demás (es decir aquel cuya formación sea más antigua) y, toda vez, que para la existencia de la prenda sobre créditos se requería la notificación al deudor (de acuerdo al derogado art. 1084 CC), este hecho era el que determinaba la preferencia del acreedor pignoratício.

En consecuencia, podemos observar que existía, en la anterior regulación, cierta coherencia para solucionar los problemas relativos a la convergencia de derechos incompatibles sobre un mismo crédito, en el sentido de que se consideraba a la primera (o más antigua) comunicación fehaciente al deudor como condición de eficacia del acto de disposición (sea en cesión o en garantía) y criterio de preferencia para elegir al adquirente del derecho que prevalecerá sobre los demás.

Por esta razón, si el cesionario era aquel que había comunicado primero el acuerdo (según los arts. 1217º, 1084º y 1085º CC) se estaba diciendo, en

⁶¹ Artículo derogado por la Sexta Disposición Final de la Ley Nª 28677, publicada el 01 marzo 2006, vigente a los noventa días de la publicación de la citada Ley.

otras palabras, que sería preferido el adquirente del derecho nacido del acto de disposición que alcanzó eficacia en primer lugar (art. 1215º CC y art. 1084º CC), transfiriendo el crédito o constituyendo la garantía, mientras que los actos posteriores serían inoponibles (es decir, ineficaces) por ausencia de legitimidad del cedente en el segundo acuerdo o porque, en el caso del derecho de garantía, cuando se dispuso por segunda vez, ya existía una garantía válidamente constituida y perfectamente oponible.

En otras palabras, y retomando nuestro ejemplo, independientemente de los momentos en los que se hayan celebrado los negocios de cesión o constituido los actos de disposición, los cesionarios –Cesar y Celso- y el acreedor asegurado -Carlos- no habrían adquirido sus respectivos derechos, sino hasta que alguno de ellos comunique al deudor cedido (o consiga su “aceptación”, en el caso de la cesión) y, en consecuencia, vuelva su acuerdo de disposición eficaz y oponible contra los otros cesionarios cuyos acuerdos aún no alcanzaban producir el efecto traslativo (del crédito) o constitutivo (de la garantía). Si bien este sistema desde el punto de vista de la coherencia interna es impecable, tiene un grave defecto relativo a la desprotección total de los subsiguientes adquirentes del crédito (cesionarios) o acreedores pignoratícios quienes no tienen ningún mecanismo que les permita averiguar, antes de contratar, sobre la existencia de un acto de transmisión anterior que afecte la titularidad del cedente o de un gravamen anterior que pueda perjudicar eventualmente su adquisición.

Sin embargo, este sistema operante –pese a sus limitaciones- ha sido fracturado por la modificatoria impuesta desde la vigencia de la Ley de la Garantía Mobiliaria, toda vez que esta norma derogó el art. 1217º CC y todos las normas relativas a la prenda sobre créditos (a saber los arts. 1084º y ss. CC). En este sentido, se ha establecido como mecanismo de publicidad legal para los actos de disposición sobre el derecho de crédito a la inscripción registral, la cual también es el criterio para elegir al cesionario preferente en el

caso que existan múltiples actos de disposición sobre un mismo crédito sean en cesión (art. 27º de la LGM) o en garantía mobiliaria (art. 26º de la LGM).

En efecto, ahora es la primera inscripción registral la que determina quién será el cesionario que detente la titularidad sobre el crédito o, en todo caso, el derecho preferente sobre el mismo (en el caso de una garantía mobiliaria). Pero esta modificación implica profundos y severos cambios, sobre todo en una total desprotección de la posición jurídica del deudor cedido, como lo explicaremos a continuación.

CAPÍTULO III

LA CONCURRENCIA DE CESIONARIOS EN EL ARTÍCULO 27º DE LA LGM

3.1. Aclarando la impropia redacción del artículo 27º de la LGM: cesión de derechos en propiedad y en garantía

Toda norma jurídica requiere una adecuada articulación lingüística en su formulación, toda vez que encierra –indefectiblemente- una consciente o inconsciente elaboración conceptual que será determinante para los ulteriores desarrollos que pueda tener¹. Así, apreciamos que el art. 27º de la LGM está integrado por diferentes elementos conceptuales tales como: “cesión de derechos en propiedad”, “cesión de derechos en garantía”, “preferencia para el pago”, “cesionario preferido”, “prevalencia de una cesión inscrita sobre la notificada”, “deudor cedido”, “cesión que no es legalmente posible”, entre otros.

Algunas de estas expresiones, tienen en la terminología técnico-jurídica habitual significados muy precisos, como es el caso de cesionario, que se utiliza para designar al adquirente de un crédito. Así también la expresión “preferencia para el pago” nos da la idea de un acreedor -entre varios- elegido para recibir una prestación.

¹ En este sentido, Antonio Hernández Gil da cuenta de la importancia del lenguaje para la elaboración del pensamiento y como institución humano social básica que permite el comienzo y la culminación del proceso científico. Asimismo, sostiene que existe una tesis muy difundida según la cual el lenguaje contiene “una inconsciente elaboración conceptual que anticipa el proceso cognoscitivo desarrollado luego a través de las ciencias”: HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica*. Segunda Edición. Madrid: Editorial Civitas S.A, 1981, p. 120.

Sin embargo, otros conceptos utilizados por la norma resultan inéditos y carentes de un significado exacto, tales como “cesión de derechos en propiedad”, “cesión de derechos en garantía” o la “cesión que no es legalmente posible”. Por lo que, se vuelve una imperiosa necesidad aclarar el sentido con el que han sido utilizadas estas expresiones a efectos de delimitar el supuesto de hecho previsto en el artículo en cuestión.

Comencemos, entonces, por el sentido que debemos darle a la expresión *“la cesión de derechos (...), ya sea en propiedad o en garantía”*.

Sobre el particular, dentro de nuestro sistema jurídico existe un mecanismo de transmisión de la legitimidad sobre una especial categoría de créditos, donde se utiliza una terminología similar. Este mecanismo o instrumento jurídico es el endoso de los títulos valores a la orden, que, de acuerdo a la ley de la materia, puede darse bajo cuatro modalidades: en propiedad, en garantía, en fideicomiso² y en procuración³ (tal como lo establece el art. 37° de la Ley de Títulos Valores, en adelante LTV).

La circunstancia es aparentemente equiparable a la cesión ordinaria de un crédito, toda vez que es una creencia ampliamente difundida en nuestro

² Aunque nos apartemos del objeto de estudio no está demás precisar que mediante el endoso en fideicomiso de un título valor a la orden (art. 40° de la LTV), el endosante (que vendría a ser el fideicomitente) transfiere el dominio fiduciario del título valor al endosatario (que vendría a ser el fiduciario), el cual únicamente puede recaer en las empresas del sistema financiero que estén autorizadas por la Superintendencia de Banca y Seguros para actuar como fiduciarios en contratos de fideicomiso. Al asumir el dominio fiduciario del título valor, el fiduciario—endosatario se encuentra facultado para ejercer todos los derechos derivados de este, pudiendo exigir a su vencimiento el pago del importe contenido en el documento cambiario al obligado principal, sin que éste pueda oponer al endosatario en fideicomiso, las defensas fundadas en sus relaciones personales con el fideicomitente.

³ En cuanto al endoso en procuración (art. 41° de la LTV) cabe señalar que en realidad no implica la transmisión de la titularidad del crédito cambiario, sino simplemente un mandato al endosatario para que realice las gestiones propias del cobro. Por ello este tipo de endosos se utiliza cuando el endosante no puede o no quiere ocuparse de las diligencias de aceptación, protesto y/o cobro del título valor, es decir, para exigir al obligado principal el cumplimiento de la obligación contenida en el título valor. En este caso, al actuar el endosatario por mandato o representación del endosante, el obligado principal sí podrá oponerle al primero las defensas que procedan contra este último.

medio⁴, que con el endoso en propiedad se transfiere íntegramente la titularidad sobre un crédito (cambiario) de un sujeto (endosante) hacia otro (endosatario). Esto es lo que se deduciría de una primera, y no muy atenta, lectura del art. 37° de la LTV, según el cual, el endoso en propiedad de los títulos valores a la orden implica la transferencia de la “propiedad del título valor” y de “todos los derechos inherentes a él”, en forma absoluta.

Sin embargo esta idea no es correcta, como seguidamente lo explicaremos.

En efecto, la noción de “endoso en propiedad” no descansa, como equivocadamente se piensa, en la transferencia de la titularidad sobre el derecho, sino en la circulación de la legitimación plena para exigir un crédito cambiario⁵, que solamente la otorga la posesión del documento cambiario

⁴ Una afirmación en este sentido la encontramos en el siguiente párrafo: “El endoso pleno, propio o absoluto, transmite la propiedad del título y todos los derechos inherentes a él. El endosatario es el titular legítimo de todos los derechos emergentes del título”: MONTTOYA ALBERTI, Hernando. *Comentarios a la nueva Ley de Títulos Valores*. Segunda Edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2000, p. 24). En este mismo sentido, Montoya Manfredi sostiene que “[e]n virtud del endoso en propiedad el endosante pierde la propiedad del título, que es adquirido por el endosatario, pero con la calidad de titular del derecho de crédito originario, como *propter rem*, ligado a la posesión de la cosa, en este caso al título”: MONTTOYA Manfredi, Ulises. *Comentarios a la Ley de Títulos Valores*. Séptima Edición. Lima: Editora Grijley, 2005, p. 184). Sin embargo, el mismo autor rectifica a renglón seguido esta afirmación y expresa, como no podía ser de otra forma, que el endoso “cumple una función esencial de legitimación, que evita al titular del documento probar su derecho” (Ibíd.). En este mismo sentido, Beaumont Callirgos y Castellares Aguilar se limitan a repetir la noción de endoso en propiedad formulada por Ulises Montoya Manfredi, pero agregan lo siguiente: “El endoso origina una apariencia de titularidad del derecho a favor del último endosatario, que es suficiente para liberar al deudor que paga a quien le presente el título y figure en él como único o como último endosatario. De ahí la denominación que recibe de la doctrina denomina [sic] como endoso pleno, porque transmite todos los derechos incorporados en el título”: BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo-CASTELLARES AGUILAR, Rolando. *Comentarios a la Ley de Títulos Valores: análisis artículo por artículo*. Segunda Edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2002, p. 234). Como puede apreciarse si en algún momento se vinculaba el endoso a la transmisión efectiva de la titularidad sobre el derecho cambiario, esta posición se ha ido acercando a aceptar que lo que resulta verdaderamente relevante no es la titularidad sobre el derecho, que puede estar ausente, sino la legitimación formal con que se enviste al tenedor endosatario para exigir y recibir la obligación derivada del título, a lo que los autores citados denominan “función esencial de legitimación” o “apariencia de titularidad”.

⁵ En este sentido Giuseppe Ferri sostiene que “debe precisarse que la circulación del documento importa solamente la circulación de la legitimación, es decir, de la facultad de exigir, y que con la transferencia del documento se adquiere el medio técnico necesario y suficiente para hacer valer el derecho mencionado en el título”: FERRI, Giuseppe. *Títulos de crédito*.

mediante los mecanismos previstos por la Ley⁶. En efecto, la titularidad del derecho y la investidura formal para exigir el crédito (legitimación) pueden coexistir pero también pueden estar totalmente disociadas⁷. Entonces, los mecanismos de circulación de los títulos valores no descansan en la idea de la titularidad del derecho sino en la legitimación para exigir y recibir la prestación a cargo del obligado principal. Por esta razón, el deudor se libera si ejecuta la prestación a favor del tenedor, aunque éste no sea el titular del derecho (esto según el art. 16.1 de la LTV), siendo irrelevante que el tenedor haya adquirido el título valor de buena o mala fe, es decir, del verdadero titular del derecho o de cualquier otro. La única diferencia entre estos supuestos es que faltando la buena fe, el titular del derecho puede intentar la reivindicación contra el tenedor para recuperar el documento cambiario (título), lo cual no resulta posible donde la buena fe exista⁸ (art. 15° de la LTV).

Traducción al español de Fernando A. León. Primera Edición. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 1982, p. 53.

⁶ Así los mecanismos para la circulación de los títulos valores pueden ser la simple entrega en los títulos valores al portador, el endoso en los títulos valores a la orden o el registro en el libro matrícula de acciones en el caso de los títulos valores nominativos. Pero en todas las hipótesis, el objeto de circulación es el título mismo y no, necesariamente la titularidad sobre el derecho. Es más, para Giuseppe Ferri, “puede hablarse de circulación del título de crédito en sentido técnico sólo en referencia a la hipótesis en la que el objeto de la circulación es el título. En efecto, cuando el título se desplaza de un sujeto a otro por efecto de la circulación del derecho al que se refiere, no existe posibilidad de hablar de circulación autónoma del documento. El desplazamiento del título se efectúa ni por la cualidad del título circulante del documento, ni con los efectos que le son propios, sino como consecuencia del desplazamiento de la titularidad del derecho, y por las exigencias de la prueba de esta”: FERRI, Giuseppe. *Títulos de crédito*. Ob. Cit., p. 53.

⁷ Sobre el particular, Giuseppe Ferri, refiriéndose a los títulos a la orden, sostiene: “También aquí la circulación de la legitimación se lleva a cabo por el sólo hecho de que la derivación de la posesión esté documentada en el título: la legitimación se adquiere en efecto también sobre la base de un endoso falso, o también, de una norma de posesión que se verifique contra la voluntad del portador, aunque exista la certificación documental”: FERRI, Giuseppe. Ob. Cit., p. 176.

⁸ En efecto, señala Ferri que “a pesar de lo que normalmente se entiende, la posesión de buena fe del título no importa la adquisición de la titularidad del derecho. La posesión del título, sea de buena fe o no, tiene solo relevancia a los fines de la legitimación: la única diferencia entre una y otra hipótesis es aquella en que mientras faltando la buena fe se puede intentar con respecto al legitimado la acción de reivindicación por parte del titular, donde la buena fe exista tal acción de reivindicación no es posible, de modo que la titularidad del derecho carece de contenido”: FERRI, Giuseppe. *Títulos de crédito*. Ob. Cit., p. 39.

Si esto es así, la circulación de los títulos valores no está construida sobre la idea de la transmisión de la titularidad de los derechos, sino sobre la transferencia de los documentos cambiarios que los representan y la legitimación que se les otorga a los tenedores de los mismos para recibir la prestación a cargo del obligado principal con efectos liberatorios. Ahora bien, el endoso de los títulos a la orden consiste en una certificación documental de la cadena de transmisiones (art. 45° de la LTV) de los sucesivos endosantes que enviste formalmente al último tenedor con la legitimación nominal para exigir el crédito cambiario, independientemente de las relaciones subyacentes entre los endosantes o con el obligado principal. Inclusive, carece de relevancia que aquellas relaciones subyacentes estén afectadas por vicios o simplemente no existan. Esto se da, precisamente, porque la adquisición de la legitimación, como consecuencia del endoso, es independiente de la existencia del negocio traslativo y de la causa de transmisión⁹.

Entonces, la figura del endoso en propiedad no alude a la transmisión de la titularidad sobre el derecho, que puede estar ausente, sino a la certificación documental escrita sobre el título que legitima a la persona, a favor de la cual se ha hecho, a exigir y recibir la prestación cambiaria¹⁰. Por lo tanto, el término “endoso en propiedad” no alude ni a la situación jurídica subjetiva de propiedad (prevista en el art. 923° CC) ni a la titularidad sobre el derecho cambiario, sino a la posición de legitimación del tenedor para exigir en su provecho el íntegro de la prestación a cargo del obligado principal, así como todos los derechos accesorios al título valor.

Ahora bien, frente al endoso, la cesión de derechos se presenta no como un simple instrumento técnico de legitimación para el pago, sino como una modalidad de circulación de la titularidad de la situación acreedora sustantiva. Es decir, mientras el endoso opera en el plano de la legitimación, la cesión opera en el plano de la titularidad del derecho, siendo que el cesionario –

⁹ FERRI, Giuseppe. *Títulos de crédito*, Ob. Cit., p. 173.

¹⁰ *Ibíd.*, p. 176.

adquirente del crédito- siempre será el titular del derecho y no solamente un legitimado para recibir la prestación. Esta diferencia se aprecia con total nitidez en el art. 27.1 de la LTV, en donde se establece que los títulos valores a la orden pueden transferirse por cesión u otro medio distinto al endoso, pero en estos casos el adquirente está sujeto “a todas las excepciones personales y medios de defensa que el obligado habría podido oponer al cedente o transfiere antes de la transmisión”. Lo que significa que con la cesión se ha trasladado la posición jurídica sustantiva del acreedor, circunstancia radicalmente distinta a la mera transmisión de la legitimidad que opera con el endoso.

Entonces, ¿qué debemos entender por la expresión “cesión de derechos en propiedad”, si resulta imposible parangonarla con el “endoso en propiedad” de los títulos de crédito que responde a presupuestos distintos y tiene una naturaleza particularmente diferente¹¹? Hasta este punto no encontramos una respuesta adecuada. Pero, nuestra labor se torna aún más complicada precisamente porque combinar los términos “cesión” y “propiedad” resulta, en buena cuenta, una completa aberración jurídica.

En efecto, la cesión de derechos, como bien sabemos implica la sustitución de un sujeto en la relación de pertenencia sobre un derecho y no la creación de un derecho de propiedad sobre el mismo. Entre el sujeto titular del derecho y la situación jurídica no existe una relación de “propiedad” o “dominio”, sino una relación de pertenecía o titularidad, que no tiene nada que ver con la

¹¹ En este sentido Massimo Bianca sostiene que: “La cessione ordinaria non costituisce strumento idoneo per una rapida e sicura negoziazione del credito in quanto chi acquista il credito rimane esposto al pericolo che il debitore ceduto si avvalga di eccezioni d'invalidità o di pagamento e inoltre al pericolo della inopponibilità della cessione nei confronti di terzi che abbiano anteriormente notificato il loro acquisto. / All'esigenza di una pronta circolazione dei crediti risponde l'istituto dei titoli di credito, tradizionalmente maturato nella pratica mercantile, dove tale esigenza è stata avvertita. L'istituto, che appartiene al diritto commerciale, viene qui richiamato esclusivamente per verificarne l'inquadramento nell'ambito dei principi del trasferimento del credito”: BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile. IV L'obbligazione*. Ob. Cit., p. 614.

propiedad¹². Así, debemos reparar en que la relación de titularidad consiste en el ligamen entre una situación jurídica y el sujeto a la que pertenece.

En consecuencia, entre un adquirente (como el cesionario) y una situación subjetiva (como el crédito), existe una relación de titularidad con características específicas, mientras que la propiedad alude, no a la relación de pertenencia entre sujeto y situación, sino a una situación jurídica subjetiva con naturaleza, función y características propias. En este sentido, la propiedad consiste en un haz de facultades que permiten actuar directamente sobre el objeto del derecho (bien) para usarlo, disfrutarlo y, eventualmente, reivindicarlo, en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley (de conformidad con el art. 923° CC y el art. 70° de la Constitución Política). Siendo que en la propiedad, también vamos a encontrar un nexo de titularidad entre el propietario y el derecho de propiedad; pero, como resulta evidente, “titularidad” y “propiedad” son figuras absolutamente distintas.

Si la cesión de derechos alude a un instrumento técnico para la transmisión de una situación jurídica sustancial (como puede ser el crédito) y la propiedad alude otra situación jurídica sustancial que tiene sus propios mecanismos de transferencia (947° C.C. y 949° C.C.), ¿qué deberíamos entender por “cesión de derechos en propiedad”? La respuesta, si nos atenemos a una interpretación literal sería un total despropósito, ya que significaría que se ha creado un mecanismo adicional (cesión) para la transferencia de la propiedad, lo cual resulta absurdo ya que la cesión es por

¹² Sin embargo, algunos autores siguen incurriendo en este grave error, consistente en confundir la relación de titularidad con el derecho de propiedad, lo que lleva a algunos a sostener que en la cesión el acreedor cedente transmite la “propiedad” sobre el crédito. Un ejemplo lo encontramos en Mejorada Chauca, quien sostiene de manera equivocada que: “La posibilidad de que el crédito o sus derechos derivados circulen, depende de lo que diga el título que le da origen Si éste guarda silencio y no estamos ante un derecho personalísimo entonces el crédito no podrá circular. **El acreedor puede transferir la propiedad sobre el crédito**, desprendiéndose definitivamente de él” (el evidenciado es nuestro): MEJORADA CHAUCA, Martín. “Garantía mobiliaria sobre créditos.” En *Revista peruana de derecho de la empresa: financiamiento y garantías*. Núm. 63, 2007, p. 43

antonomasia un mecanismo para la transferencia de los derechos personales, fundamentalmente del derecho de crédito y no del derecho de propiedad.

Entonces, no nos queda otra solución que asumir que el legislador es “razonable” y, por tanto, excluirse la posibilidad de que ha formulado normas “absurdas” o que conduzcan a resultados absurdos. En este caso, como se ha visto, la interpretación por analogía con el “endoso en propiedad” y la interpretación literal de la expresión bajo análisis, no nos ha conducido a atribuir a la expresión “cesión de derechos en propiedad” un significado adecuado. Razón por la que solamente nos queda deducir un significado de la intención objetiva del legislador, a efectos de interpretar correctivamente¹³ los alcances del art. 27° de la LGM bajo estudio.

Con este propósito nos topamos con el literal a. del inciso 3 del art. 32° de la LGM, el cual establece expresamente que la cesión de créditos es un acto inscribible en el registro correspondiente, que a estos efectos podría ser el Registro Mobiliario de Contratos (en adelante RMC). Cabe acotar que esta norma permite la inscripción de la cesión de créditos en cuanto acto jurídico “para los efectos de su prelación, oponibilidad y publicidad, cualquiera que sea su forma, denominación o naturaleza, destinados a afectar (...) derechos de toda naturaleza, presentes o futuros, determinados o determinables, sujetos o no a modalidad”. Esta norma no deja dudas de que el acto inscribible aquí es la cesión de créditos, regulada en los arts. 1206° al 1216° CC, vista como un acto jurídico de naturaleza dispositiva que afecta un derecho de crédito,

¹³ Sobre la interpretación correctora en general, Riccardo Guastini, sostiene que: “La interpretación correctora, como se ha indicado, se caracteriza por oposición a la declarativa o literal. Para quienes conciben la interpretación literal al modo tradicional, como atribución a los documentos normativos del significado que les es propio, la interpretación correctora se presenta como desviación del significado “propio” de las palabras (y, eventualmente, como “corrección” de la voluntad legislativa, si se asume que el legislador siempre dice exactamente lo que pretende, y se mantiene, por ello, que la interpretación literal es la más respetuosa con la intención del legislador) (...) es correctora cualquiera que atribuye a un texto normativo no su significado literal más inmediato, sino un significado distinto”: GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Quinta Edición. Traducción de Marina Gascón y Miguel Carbonell. México: Editorial Porrúa S.A., 1999, p. 31.

independientemente de la naturaleza que este tenga o que a él se halle vinculada una situación accesorio de garantía (como una garantía mobiliaria).

De otro lado, tenemos que la Sexta Disposición Final de la LGM, derogó expresamente el art. 1217° CC, que regulaba la concurrencia de cesionarios para el supuesto de las cesiones múltiples. Por lo que, la solución a este supuesto de hecho necesariamente tendríamos que encontrarla o deducirla de alguna disposición de la LGM. En este contexto, vale la pena acotar que tanto el Código Civil en su art. 1206° como el art. 27° de la LGM, denominan “cesión de derechos” a la específica vicisitud traslativa del derecho de crédito de un sujeto a otro, como consecuencia de un acto jurídico de cesión y no para la transferencia de cualquier otro derecho subjetivo (personal, real o de cualquier otra índole). Esto, precisamente, porque la particular regulación prevista en ambas normas resulta únicamente aplicable dentro de una específica relación jurídica obligatoria y no para cualquier otra relación jurídica patrimonial.

En efecto, el art. 1206° CC se descompone en los siguientes elementos: (i) cedente, quién dispone del derecho; (ii) cesionario, quien adquiere el derecho; y, (iii) el deudor cedido, a quien el cesionario exige la ejecución de la prestación a la que el crédito da derecho. Estos dos últimos elementos nos dan cuenta de que la previsión normativa se aplica únicamente para la transmisión del derecho de crédito, ya que donde existe un sujeto facultado a exigir una prestación (acreedor-cesionario) y otro obligado a ejecutarla (deudor-cedido), siempre estaremos dentro de una específica relación obligatoria (acreedor-prestación-deudor) y no frente a otra clase de relación jurídica patrimonial¹⁴.

¹⁴ En este sentido, para Enrico Moscati, la relación obligatoria se caracteriza o diferencia de otras relaciones patrimoniales en que: “il potere giuridico del creditore si sostanzia in una pretesa nei confronti del debitore e, cioè, nella pretesa a che quest'ultimo tenga un determinato comportamento positivo o negativo”: MOSCATI, Enrico. *La disciplina generale delle obbligazioni: corso di diritto civile*. Torino: Giappichelli Editore, 2011, p. 11. También Michele Giogianni da cuenta de estos tres elementos estructurales del vínculo obligatorio: “En la obligación, (...) se descubre (...) una perfecta correlación entre la posición activa y la posición pasiva, y ello en un doble sentido: en cuanto el comportamiento del deudor, que constituye el contenido de la prestación, es de tal naturaleza que satisface perfectamente el interés del acreedor, y en cuanto este presenta precisamente el objeto del derecho del acreedor, el *bien*

De manera equivalente, el art. 27° de la LGM habla de cesión de derechos, pero la regulación que crea resulta aplicable exclusivamente a la transmisión del derecho de crédito. Así tenemos que se establece que la inscripción de la cesión de derechos otorga “preferencia para su pago al cesionario” y que esta prevalece sobre la cesión notificada al “deudor cedido”. Tenemos que en este caso concurren también los tres elementos esenciales que integran la estructura de toda relación jurídica obligatoria, a saber: (i) el acreedor, que en este caso es el cesionario inscrito a quien corresponde un derecho “a recibir el pago”; (ii) la prestación, a la que se alude indefectiblemente con la expresión “a recibir el pago”; y, (iii) El deudor cedido, que precisamente es el sujeto obligado, que se encuentra en una posición correlativa al crédito adquirido por el cesionario inscrito. Pero estos elementos se asientan sobre un presupuesto indefectible, consistente en la existencia de un cedente que ha celebrado varios actos de cesión con distintos sujetos sobre el mismo crédito.

Por esta razón, la fallida locución “cesión de derechos en propiedad”, debemos entenderla como referida a la genérica cesión de créditos regulada en los arts. 1206° al 1216° del Código Civil, que implica la íntegra transmisión de la situación jurídica acreedora de un sujeto hacia otro. Siendo que tanto la cesión de derechos del Código Civil, así como, la prelación de cesiones de derecho en propiedad de la LGM, están referidas a la cesión de créditos y al mecanismo de preferencia en la concurrencia de cesionarios, respectivamente. En este orden de ideas, queda fuera de toda duda que el art. 27° de la LGM se ha sustituido a

que la ley destina para aquella satisfacción (...). Como conclusión de la investigación realizada puede decirse que la obligación está caracterizada, sobre todo, por una postura particular de la situación jurídica: ‘obligación’; esto es, de la situación en que se encuentra el deudor. Aquí, diversamente que en otras relaciones (patrimoniales), el deber del obligado sirve exclusivamente para la satisfacción del interés de otro sujeto, y en este sentido es puesto a disposición de este último”: GIORGIANNI, Michele. *La obligación (la parte general de las obligaciones)*. Traducción de Evelio Verdera Tuells. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1958, p. 224 y 228). En España, por su parte, Ángel Cristobal Montes no ha dudado en afirmar que: “La obligación no es otra cosa que una relación jurídica establecida entre acreedor y deudor que genera una determinada afección jurídica y sujeta a algún tipo de conducta externa, por lo que resulta perfectamente natural que en relación a ello se pueda y aún se deba hablar de relación obligatoria: CRISTOBAL MONTES, Ángel. *La estructura y los sujetos de la obligación*. Madrid: Editorial Civitas, 1990, p. 83.

la función que cumplía el derogado art. 1217° CC, aunque modificando el criterio para discriminar entre varios cesionarios, como veremos más adelante.

De otro lado, en cuanto a la “cesión de derechos (...) en garantía”, tenemos que al haber previamente determinado que con la expresión “cesión de derechos” se está aludiendo a la “cesión de créditos”, tenemos que, correlativamente, con la expresión “cesión de derechos en garantía” se estaría aludiendo a una modalidad de cesión de créditos, conocida como la “cesión de créditos en garantía”, la cual es una figura atípica, por carecer de regulación dentro de nuestro sistema, pero que, sin embargo, sería absolutamente posible en aplicación del principio de la autonomía privada¹⁵ y que, además, se diferenciaría claramente de otras figuras afines como la *cessio pro solvendo* y la garantía mobiliaria sobre créditos.

Se entiende por garantía cualquier instrumento jurídico previsto por el ordenamiento para aportar un mayor grado de actuación a las expectativas del acreedor de ver realizado su crédito. Ahora bien, la cesión de crédito en garantía o con causa de garantía, implica la adopción de un pacto obligatorio, por el cual el cesionario de un lado se obliga a no disponer temporalmente el crédito cedido y, por otro, a re-transmitirlo al cedente una vez realizada la función de garantía, es decir, una vez cumplida la obligación principal

¹⁵ En este sentido, Umberto Stefini sostiene que: “Ed allora si può concludere che la garanzia è sì *cause sufficiente* del trasferimento, purché quest’ultimo non attribuisca all’acquirente un diritto finale e definitivo, ma si inserisca in un’operazione complessa volta ad attribuirgli un diritto provvisorio e strumentale all’adempimento dell’obbligazione principale che si intende garantire. La norma di riferimento è ovviamente l’art. 1322 c.c., che attribuisce a qualsiasi interesse meritevole di tutela per l’ordinamento, il ruolo di fondamento idoneo a giustificare ogni atto di autonomia, sia ad effetti obbligatori che ad effetti reali”: STEFINI, Umberto. *La cessione del credito con causa di garanzia*. Padova: CEDAM, 2007, p. 35. Si bien coincidimos con el autor en que la cesión en garantía encontraría su justificación en el poder concedido a los particulares para crear, modificar y regular sus relaciones jurídico patrimoniales, a la cual denominamos como autonomía privada, no estamos de acuerdo en que con la cesión en garantía se cree un derecho real limitado, precisamente, porque en nuestro sistema tenemos un número cerrado de derechos reales y, de otro, sería prácticamente indiferenciable de la garantía mobiliaria sobre créditos. Razón por la cual, creemos que con la cesión en garantía se traspaşa íntegramente el derecho de crédito al cesionario, pero este se obliga a no disponerlo y retransmitirlo, en caso que la obligación principal garantizada sea correctamente ejecutada. En este sentido, los efectos derivados de la causa de este negocio atípico sería meramente obligatorios.

garantizada. De esta forma, se vincula la estabilidad de la transferencia a la suerte de la relación obligatoria principal que ha sido garantizada¹⁶. En este caso tendríamos dos relaciones obligatorias funcionalmente conectadas, una principal o garantizada, en donde el cedente es el deudor del cesionario y otra, secundaria o accesorio, en la que el cesionario entra en la posición del cedente hasta que la obligación principal sea cumplida o, en defecto de cumplimiento, consolide su titularidad sobre el crédito cedido liberándose de la obligación de re-transmitirlo y pudiendo disponer del crédito libremente (es decir, sin asumir ninguna responsabilidad).

La cesión de crédito en garantía se asemeja a la *cessio pro solvendo*, básicamente en que el acto traslativo está funcionalmente coaligado a otra relación obligatoria, en la cual el acreedor cesionario es el destinatario del efecto traslativo. Pero se diferencia en el fundamento causal de la transferencia, ya que la primera se persigue garantizar un crédito, mientras que la segunda sirve para extinguirlo.

En efecto, con la *cessio pro solvendo* el cedente transfiere a título de pago un crédito con la finalidad de extinguir una precedente obligación que a su vez tiene frente al cesionario. La particularidad de esta modalidad de cesión radica en que el cedente no será liberado de su deuda sino hasta que se realice el crédito cedido a favor del cesionario. Esto ha llevado a afirmar, a algún autor, que en estos casos el cedente soportar el riesgo de la solvencia del deudor cedido, garantizando¹⁷ que este cumpla con su obligación. Toda vez que ante el incumplimiento, el cedente queda expuesto a las acciones del cesionario derivadas de la precedente relación obligatoria que se encontraba en suspenso,

¹⁶ STEFINI, Umberto. *La cessione del credito con causa di garanzia*. Ob. Cit., p. 26.

¹⁷ “Si por el contrario el cedente asume el riesgo de la operación para eliminar el peligro que afectaría al cesionario C en caso de insolvencia del cedido B, lo que se produce entre las partes es una *cessio pro solvendo*. Con ella el cedente asume la garantía de la solvencia o mejor dicho, el riesgo de la insolvencia del deudor cedido”: BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*. Ob. Cit., p. 241

a lo que se ha denominado un efecto indirecto de garantía¹⁸. Así, para Emilio Betti en la *cessio pro solvendo* “se opera el efecto traslativo del crédito, pero no el efecto liberatorio, porque la liberación del cedente, deudor del cesionario, está subordinada a la efectiva liberación del crédito por parte del cesionario. Por el solo hecho de subordinar la liberación a un buen fin, el cedente soporta el riesgo de insolvencia, quedando expuesto a la acción del cesionario”¹⁹. Con el uso de esta figura el cedente no pretende garantizar la obligación que lo une al cesionario, sino extinguirla, aunque la liberación sea reenviada al momento de la ejecución de la deuda cedida²⁰.

Lo anterior, sin embargo, no sucede con la cesión de créditos en garantía, donde la obligación garantizada permanece con vida, agregándosele, más bien, de manera accesorio, otra relación obligatoria, a la cual el cesionario-acreedor podrá dirigirse sólo si la obligación principal es incumplida. Entonces, la satisfacción del acreedor-cesionario con el crédito cedido es consecuencia de un efecto secundario o indirecto del negocio de cesión, condicionado al incumplimiento del cedente. Pero si la obligación garantizada es normalmente cumplida, el crédito cedido tendría que regresar a la esfera jurídica del cedente. Lo cual resulta impensable en la *cessio pro solvendo*, donde el propósito fundamental del negocio es que el crédito cedido sea satisfecho produciéndose un doble efecto extintivo, tanto del crédito cedido como de aquel que el cesionario mantenía frente al cedente.

¹⁸ “[N]ella *cessio pro solvendo* la funzione principale è quella di pagamento, ed è però ravvisabile un effetto indiretto di garanzia. Su di un piano di mero fatto, infatti, il creditore cessionario viene ad avere due debitori, il debitore ceduto, dal quale egli ha diritto ad esser pagato, e nel caso che egli non riesca a riscuotere tale credito, il cedente, la cui obbligazione rimane in vita fino alla effettiva soddisfazione del creditore”: STEFINI, Umberto. *La cessione del credito con causa di garanzia*. Ob. Cit., p. 26.

¹⁹ BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*. Ob. Cit., p. 242

²⁰ Señala Stefini que “la *cessio pro solvendo* ha funzione de pagamento; la cessione del crédito serve ad estinguere, non a garantiré, una precedente obbligazione, anche se la liberazione è per così dire “rinviata” al momento della riscossione del debito ceduto”: STEFINI, Umberto. *La cessione del credito con causa di garanzia*. Ob. Cit., p. 26.

Pero debe precisarse que al ser la cesión en garantía un negocio atípico, los efectos que crea son meramente obligatorios y no incidirían en el nexo de titularidad que une al cesionario con el crédito, siendo los compromisos de “no disponer el derecho”, así como de “devolverlo una vez cumplida la obligación garantizada”, meras obligaciones que asume el cesionario y que, por lo tanto, podrían ser incumplidas. Esto se da porque el crédito entra en la esfera patrimonial del cesionario con los mismos atributos que en una cesión cualquiera, es decir, independientemente de la causa que haya justificado el negocio (sea en *cessio pro solvendo*, en garantía o por cualquier otra finalidad).

Esta naturaleza estrictamente obligatoria de la cesión en garantía, la distingue de la garantía mobiliaria sobre el crédito, en donde sí se constituye un derecho de garantía sobre crédito, atribuyendo al acreedor asegurado un derecho nuevo y con un contenido sustancialmente distinto. Resulta evidente que ambas figuras tienen en común la función de garantía que cumplen, al yuxtaponer a una relación obligatoria principal o garantizada otra de naturaleza accesoria, a la cual dirigirse en caso de incumplimiento de la primera. Pero la profunda diferencia radica en que el acreedor asegurado, en el caso de la garantía mobiliaria, no adquiere el crédito sino un derecho limitado y derivado del mismo al que se sobrepone, permitiéndole realizar el valor del crédito (venta forzada) o adjudicárselo, pasando necesariamente por el procedimiento de la ejecución extrajudicial o judicial del objeto dado en garantía (que en este caso es un crédito). En cambio, en la cesión en garantía, el cesionario ya ha adquirido la titularidad plena sobre el crédito y no un derecho limitado sobre este, lo cual significa que ante el incumplimiento de la obligación garantizada, no deberá pasar por la venta forzada o la adjudicación para “apropiarse” del crédito cedido, sino que se verá liberado de las obligaciones asumidas frente al cedente y dispondrá discrecionalmente del crédito, como de cualquier otro activo que se encuentra dentro de su patrimonio.

Finalmente, entre la “cesión de derechos en garantía” y el “endoso en garantía”, existen diferencias tan abismales que una explicación al respecto

podría ser innecesaria, aunque no inútil. La figura se presenta cuando el endoso garantiza una deuda que el tenedor (el endosante en garantía) tiene con el endosatario, obteniéndose un privilegio para cobrar con la obligación cambiaria representada en el título valor pero sin adquirir la titularidad sobre el crédito, por lo que solamente puede volver a endosarlo en procuración (art. 42.1 de la LTV). Pero, si se procede a la realización del título valor afectado en garantía, este debe ser endosado en propiedad a favor del adquirente del título, por el titular, el agente mediador, el juez o, inclusive, por el propio acreedor garantizado (endosatario en garantía) si es que se ha pactado la realización extrajudicial de la garantía (art. 42.3 de la LTV). Como puede apreciarse, el endoso en garantía se asemeja a la garantía mobiliaria sobre el crédito, ya que en ambos casos se crean sendos derechos de garantía que se yuxtaponen a un crédito y que otorgan a sus titulares derechos para la realización del valor del objeto dado en garantía (crédito). Siendo esto así, la cesión derechos de crédito en garantía se configura como una circunstancia diametralmente distinta, en la que el adquirente del derecho (cesionario) se obliga en un primer momento a no disponer de él temporalmente hasta que se realice la obligación principal garantizada, y en un segundo momento a re-transmitirla si es que esta obligación no ha sido incumplida.

Hasta este punto, resulta evidente que con la expresión “cesión de derechos en propiedad o en garantía”, no se está aludiendo a otra cosa que al instrumento técnico-jurídico utilizado para la transmisión del derecho de crédito regulado en los arts. 1206° al 1216° CC. Toda vez que los términos en “propiedad” o “garantía”, no nos remiten a una especial modalidad que afecte la naturaleza jurídica del crédito transmitido ni al vínculo de titularidad o pertenecía que lo une al cesionario. En este sentido, que el crédito sea cedido “en propiedad”, “en garantía”, “*pro solvendo*” o “*pro solutio*” no tendrá relevancia alguna a efectos de atribuir el derecho al adquirente, ya que en todos estos casos el cesionario adquiere la titularidad completa sobre el derecho de crédito transmitido.

Empero, no pasamos por alto que existe otra modalidad de transferir especiales facultades sobre un crédito sin perder la titularidad del mismo, que no constituye ni una cesión ni una garantía mobiliaria, como en el caso de la constitución de un fideicomiso sobre el crédito, pero como esta figura escapa a la regulación prevista en el Código Civil y en la Ley de la Garantía Mobiliaria, su estudio lo dejaremos para otra oportunidad.

De otro lado, el concepto encerrado en la expresión “cesión que no es legalmente posible” lo estudiaremos en una sección posterior.

3.2. El supuesto de hecho: la cesión múltiple de un crédito como el presupuesto de la concurrencia de cesionarios

La premisa del art. 27° de la LGM es la existencia de una cesión múltiple, es decir, la circunstancia en la que un mismo sujeto dispone a título derivativo de un mismo derecho de crédito, mediante dos o más contratos que tienen por finalidad transmitirlo a dos o más sujetos y, por lo tanto, resultan incompatibles al confluir para su realización en un mismo objeto (que en este caso es un crédito).

Como puede apreciarse, el primer elemento del supuesto de hecho es la existencia de varios contratos, que constituyen los “títulos” de adquisición por los cuales los sujetos adquirentes, o cesionarios, pretenden adquirir un mismo derecho de crédito. Esto, precisamente, porque si existen varios sujetos que han adquirido un mismo crédito, pero a través de un solo título, en realidad no tendremos un conflicto jurídico propiamente dicho, puesto que la situación que se crearía es el de una pluralidad subjetiva en lado activo de la relación obligatoria, en la que existe una co-titularidad sobre el crédito transmitido y no un conflicto para determinar quién es el acreedor en exclusión del otro.

De otro lado, los contratos de cesión necesariamente deben ser incompatibles al excluirse entre sí a efectos de su cumplimiento. Esto se da porque, si bien ambos contratos o títulos de cesión al momento de celebrarse son válidos y eficaces en cuanto a sus efectos obligatorios entre las partes que

los han celebrado, solamente uno de ellos conseguirá atribuir la titularidad del crédito a uno solo de los cesionarios concurrentes. Así, no estaremos ante una concurrencia de cesionarios, pese a existir dos contratos de cesión sobre un mismo crédito, si un sujeto A da en cesión a B un crédito que aún no es suyo y, posteriormente, el mismo sujeto A lo adquiere del acreedor original C, para dar cumplimiento al primer contrato de cesión que, si bien era válido, aún no había producido sus efectos principales relativos a la transferencia del crédito. En este caso, a diferencia de la cesión múltiple, en ningún momento existen dos o más líneas que partan de un mismo punto (cedente), sino dos segmentos de línea que se unen armónicamente entre sí gracias al último contrato de cesión (entre A y C), por lo que no existe conflicto, a pesar que hay dos contratos de cesión sobre un mismo crédito, ya que no son incompatibles.

Esto nos lleva a afirmar, como otro elemento constitutivo del supuesto de hecho, a la necesidad de que las cesiones múltiples hayan sido realizadas por un mismo cedente, es decir, que las pretendidas adquisiciones de los cesionarios hayan nacido desde un mismo punto del cual se bifurcan. Esto, precisamente, porque si estamos frente a dos cesiones sobre un mismo crédito, pero realizadas por distintos cedentes, uno de ellos indefectiblemente no será el acreedor titular del derecho que se dispone, por lo que siempre prevalecerá la cesión efectuada por el verdadero acreedor.

Esta solución no se obtiene en aplicación del art. 27° de la LGM, sino por la ineficacia absoluta del acto de disposición celebrado por el cedente-no acreedor, solución que encuentra cabida en aplicación de los principios generales de nuestro ordenamiento jurídico para la transferencia de cualquier derecho, siendo que en el caso de la cesión crédito –a diferencia de la transmisión de otros derechos que permiten una variedad más amplia de adquisiciones *a non domino*- su disposición por un “*non creditore*” resultaría, en cualquier caso, absurda ya que al ser opuesta al deudor cedido, este válidamente puede rechazarla si es que el cesionario se presenta con un título adquisitivo de quien no era el acreedor original, ya que para el obligado la única

forma de liberarse es cumpliendo a favor de quien está legitimado por el acreedor original con quien contrajo la deuda (art. 1224° CC), o por lo menos a quien aparente serlo (arts. 1225° y 1226° CC). Entonces, el cesionario, cuyo título no se extienda derivativamente hasta alcanzar al acreedor original, simplemente no habrá adquirido nada, ya que la relación obligatoria entre su cedente y el deudor cedido, que subyacía a la cesión, no existía. Siendo, el único efecto para estos casos, la responsabilidad contractual por la existencia del crédito del falso cedente frente al cesionario defraudado, salvo que haya mediado pacto en contrario (art. 1212° CC).

Asimismo, y aunque sea casi innecesario mencionarlo, otro elemento del supuesto de hecho, es que ambos contratos de cesión para que sean incompatibles entre sí deben recaer sobre un mismo referente objetivo, que en este caso es un derecho de crédito. Toda vez que si un mismo cedente transfiere diferentes créditos que tiene con mismo deudor, cada cesionario adquirirá un crédito perfectamente individualizado no existiendo ningún conflicto que resolver en cuanto a la atribución de la titularidad sobre cada crédito. La única diferencia aquí sería que antes de la cesión el deudor tenía un solo acreedor de varios créditos, mientras que *ex post cesión* el deudor tendrá un acreedor por cada crédito.

Finalmente, queda por mencionar que para la concurrencia de cesionarios por cesiones múltiples, se requiere la validez de los contratos de cesión, la cual el art. 27° de la LGM, tiene por sobreentendida, ya que si de dos cesiones una resulta nula o es anulada, ya no habrá elección que llevar a cabo, por obra y gracia de las reglas de la ineficacia contractual. En este caso, sin ninguna duda, habrá que atribuir necesariamente el crédito al único cesionario subsistente con título válido.

En efecto, la ineficacia absoluta como consecuencia de la invalidez de una de las cesiones implica la aniquilación jurídica de este contrato y, en consecuencia, solamente uno de los cesionarios podrá esgrimir un título

derivativo que justifique su adquisición, reduciendo la figura a una cesión simple, esto implica descartar de plano las reglas discriminantes o de preferencia establecidas en el art. 27° de la LGM.

Asimismo, un tema vinculado a la validez del contrato de cesión, que será estudiado más detalladamente en otra sección, es la existencia de buena fe de las partes. Toda vez que cuando la segunda cesión haya sido celebrada con el propósito de frustrar la adquisición de una anterior, por ejemplo para sonsacarle el precio del crédito al primer cesionario y después despojarlo del mismo, el contrato así celebrado no puede ser sino nulo tener una causa ilícita²¹ (art. 140°, inciso 3, CC), sin perjuicio de la responsabilidad civil o criminal que hayan podido tener las partes.

En consecuencia, el verdadero sentido sustantivo del supuesto de hecho previsto por el art. 27° de la LGM es aquel configurado por dos o más contratos de cesión, válidos y eficaces en cuanto a su efectos obligatorios, cuyos cumplimientos en forma específica son del todo incompatibles, por haber sido celebrados sobre el mismo crédito, por el mismo cedente a dos o más cesionarios.

3.3. El supuesto de hecho (sigue): El ámbito temporal de la concurrencia de cesionarios

Es importante recordar, a efectos de delimitar el supuesto de hecho de la concurrencia de cesionarios, que de acuerdo al art. 1215° CC el momento para la transferencia del crédito del patrimonio del cedente al del cesionario está marcado por la “comunicación” al deudor (o de que se consiga la “aceptación” de este). Entonces, una vez que se ha realizado alguno de estos actos el acuerdo de cesión es eficaz y, por ende, el cedente pierde legitimidad para disponer del crédito que ha salido de su patrimonio y que pertenece a otro sujeto (a saber, al cesionario). Por esta razón, cualquier acto de disposición

²¹ Sobre la causa ilícita y sus efectos puede consultarse la detallada monografía de SABORINO SÁNCHEZ, Paloma. *La causa ilícita: delimitación y efectos*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2005.

posteriormente realizado por el cedente es, por regla general, absolutamente ineficaz por falta de legitimidad del agente.

Entonces, si el deudor cedido, al que se le ha comunicado fehacientemente el acuerdo de cesión, ejecuta la prestación a favor de quien es señalado como cesionario (es decir como adquirente del crédito) habrá cumplido, ya que se habrá observado el comportamiento debido y proporcionado la utilidad al sujeto legitimado para recibirla (el cesionario-acreedor), a la que se ha denominado acertadamente la actuación de la relación obligatoria²². Así, se habrá actuado completamente el contenido de la relación obligatoria realizándose el interés del acreedor, liberándose el deudor y extinguiéndose el vínculo (así como también el derecho de crédito correlativo).

Sin embargo, a veces puede existir un ámbito temporal considerable desde el acto de disposición sobre el crédito y el cumplimiento de la deuda, en otras palabras desde el momento que el cesionario adquiere su derecho (de crédito) y el momento en que el deudor-cedido cumpla con ejecutar la prestación. Es durante este lapso de tiempo (es decir, hasta antes del cumplimiento) que el derecho de crédito podrá ser un objeto del cual, por regla general, se puede disponer libremente y, por lo tanto, será este el escenario donde podrán aparecer derechos incompatibles que converjan sobre el mismo crédito (como el de otro cesionario que reclame la titularidad sobre el mismo crédito).

En efecto, es precisamente durante el tiempo en que el crédito y la relación obligatoria *existan* que sobre el mismo se pueden realizar diversos actos de disposición, pero en el caso del cedente estará legitimado para disponer *libremente* de su crédito, en tanto y en cuanto, el acto de disposición

²² Sobre el cumplimiento Ugo Natoli sostiene que: “La caratteristica è rappresentata dalla qualificazione di necessità, che copre immancabilmente il comportamento del debitore. In quanto diretto all’adempimento, tale comportamento è sempre dovuto. Ciò non toglie, tuttavia, che in concreto esso possa presentarsi con la diversa struttura del comportamento materiale o dell’atto giuridico”: NATOLI, Ugo, *L’attuazione del rapporto obbligatorio*. Milano: Giuffrè Editore, 1984, p. 39.

aún no sea eficaz, es decir, hasta antes que la cesión sea comunicada al deudor, ya que después de este acto el único legitimado para hacerlo será el cesionario (adquirente y titular exclusivo del derecho).

Sin embargo, la afirmación anterior es sólo relativamente cierta, ya que la plena y absoluta eficacia (*erga omnes*), tanto de los derechos derivados de la cesión como de la constitución de una garantía sobre el crédito, se alcanzará solamente si son inscritos en el registro correspondiente (a saber, como regla, el Registro Mobiliario de Contratos).

En efecto, el art. 32° de la LGM prescribe que todos los actos relacionados con bienes muebles (y el crédito es calificado como tal) son susceptibles de ser inscritos y, además, agrega en su literal a) que la cesión de créditos es susceptible de serlo.

Ahora, tal como disponen los arts. 37° y 38° de la LGM, la inscripción crea efectos muy particulares e, inclusive, autónomos con respecto a los actos o contratos de donde han emanado los derechos inscritos. Así, por ejemplo, la oponibilidad absoluta del derecho inscrito contra todos y la presunción legal de conocimiento del contenido del asiento de inscripción (es decir, del acto de disposición sobre el crédito en estos casos).

En la concurrencia de cesionarios la LGM (de acuerdo a su art. 27°) ha prescrito que el acto de disposición inscrito prevalece sobre el comunicado al deudor cedido. En razón de esto, no importa tanto la comunicación al deudor o el momento de celebración de la cesión, sino de manera exclusiva y preferente la inscripción registral para que los derechos sean oponibles contra el deudor cedido y contra cualquier tercero que pretenda adquirir algún derecho sobre el mismo crédito. Entonces, para que un acto de disposición sobre un crédito sea oponible plenamente -y de manera definitiva- requiere siempre la inscripción registral en el registro correspondiente.

En otras palabras, en nuestra legislación vigente, el cesionario con derecho inscrito prevalecerá sobre aquel que ha “comunicado” el acuerdo de cesión al deudor (conforme a lo dispuesto en el art. 27º de la LGM). Razón por la cual, la “notificación del acto de cesión” vendría a ser un mecanismo de preferencia residual o, en muchos casos, inútil.

Si esto es así, los efectos del acto de disposición sólo alcanzan a los terceros (ajenos al acto de cesión o al constitutivo una garantía mobiliaria) de manera absoluta, en tanto y en cuanto, hayan sido inscritos. Por esta razón, el cedente sólo tendrá dos límites para los actos de disposición que puede realizar sobre el crédito: (i) El cumplimiento de la obligación a favor del cesionario que comunicó el acto de disposición; y, (ii) La primera inscripción del crédito cedido.

De acuerdo a las ideas antes expuestas, pasaremos a analizar algunos casos para determinar el ámbito temporal de aplicación de la concurrencia de cesionarios, asumiendo que todos los actos de disposición que vamos a describir se refieren al mismo crédito, son válidos y que, por lo tanto, han sido celebrados de buena fe:

PRIMER CASO (A): El cedente Cte.1 celebra un contrato de dación en pago sobre un crédito con un primer cesionario Crio.1, quien diligentemente comunica la existencia de este acto al deudor cedido D1, quien cumple con ejecutar la prestación a favor de Crio. 1, extinguiendo el vínculo obligatorio; sin embargo, el cedente Cte.1 a pesar que ya no es titular del crédito y que el crédito se ha extinguido celebra un contrato de compraventa sobre el mismo crédito con un segundo cesionario Crio.2, quien no notifica al deudor cedido sino, simplemente, lo inscribe (de conformidad con los arts. 27º y 32º LGM).

En este primer caso, no existe concurrencia de cesionarios, ya que el objeto que ha sido enajenado (crédito) al momento de la constitución del segundo acto (compra venta) ya no existía, por que el deudor ya había cumplido con ejecutar la prestación y liquidar el vínculo obligatorio. En

consecuencia, a pesar que el segundo cesionario Crio.2 ha inscrito su derecho, no surtirá ningún efecto hacia el deudor, toda vez que cuando se le requiera ejecutar la prestación en base a la segunda cesión “inscrita”, solamente tendrá que acreditar que pagó (y extinguió) la obligación antes de la inscripción, por lo que ha sido inscrito un acto relativo a un objeto (derecho de crédito) que ya no existía (la misma defensa podrá alegarla contra los terceros adquirentes del segundo cesionario Crio2). En este caso, subsistirá la responsabilidad contractual del cedente frente al cesionario Crio2 por la inexistencia del crédito (art. 1212° CC).

SEGUNDO CASO (B): El cedente Cte.1 celebra un contrato de compraventa sobre un crédito con un primer cesionario Crio.1, quien diligentemente notifica sobre este acto de disposición al deudor cedido D1, por lo cual aquel cesionario adquiere el crédito (de conformidad con el art. 1215° CC); sin embargo, el cedente a pesar de que ya no es titular del crédito celebra otro acto de cesión (una permuta p.e.) sobre el mismo crédito con un segundo cesionario Crio.2, quien no notifica al deudor cedido sino, simplemente, la inscribe (de conformidad con los arts. 27° y 32° LGM).

Este segundo caso resulta un poco más complejo, toda vez que el cedente Cte.1 ya no tenía legitimidad para transferir el derecho al segundo cesionario Crio.2 (permutante), ya que el primero (es decir el comprador) adquirió el crédito al comunicar la compra venta al deudor cedido. Sin embargo, el art. 27° de la LGM establece que el cesionario con derecho inscrito prevalece sobre el que ha comunicado la cesión, razón por la cual, entendemos que por efecto de la inscripción el derecho se *desplazará* del patrimonio del primer cesionario Crio1 (comprador) al del segundo cesionario Crio.2 (permutante), siendo este último, el que adquirirá el crédito y, por ende, la legitimidad exclusiva para recibir el pago del deudor.

TERCER CASO (C): El cedente Cte.1 celebra un contrato de compra venta sobre un crédito con un primer cesionario Crio.1, quien no comunica este hecho al deudor cedido D1; posteriormente, el mismo cedente Cte.1 celebra un contrato de permuta sobre el crédito con un segundo cesionario Crio.2, quien si comunica este acto de disposición al deudor cedido y adquiere el crédito (de conformidad con el art. 1215° CC); y, finalmente, el mismo cedente constituye una garantía mobiliaria sobre el crédito a favor de otro sujeto quien se convierte en un acreedor asegurado o garantizado AG1 (de conformidad con el art. 16° de la LGM), la cual es inscrita.

En este tercer y último caso, tenemos que el cedente Cte.1 carecía de legitimidad para disponer del crédito constituyendo la garantía mobiliaria, más no para celebrar la segunda transferencia del crédito, ya que el Crio.1 (el comprador), aún no notificaba la cesión al deudor cedido y, por lo tanto, el segundo cesionario Crio.2 (el permutante) consolidó su adquisición al comunicar en primer lugar la existencia del contrato de permuta al deudor cedido. El conflicto, entonces se presentaría entre el acreedor garantizado AG1 con derecho inscrito y el segundo cesionario Crio.2 que no ha inscrito el acto de cesión. Sin embargo, este conflicto no será resuelto por el art. 27° de la LGM, que solamente se aplica a los supuestos de cesiones múltiples, sino por el art. 24° de la LGM que regula el supuesto de la afectación de bienes muebles en garantía mobiliaria por constituyente sin derecho, según el cual: “Si el constituyente de la garantía mobiliaria no es propietario del bien mueble o del derecho afectado, la garantía mobiliaria no tendrá efectos frente al propietario.” En este caso, el acreedor asegurado AG1 no podrá oponer la garantía mobiliaria inscrita al cesionario Crio.2, ya que al momento de la constitución de la garantía el Cte.1 ya no estaba legitimado para hacerlo, toda vez que el crédito había salido efectivamente de su esfera patrimonial.

En consecuencia, solamente en el segundo caso (B) estaremos en el estricto ámbito de la concurrencia de cesionarios, a la cual debemos aplicar la

regla de discriminación o preferencia en la adquisición del derecho establecida en el art. 27º de la LGM, en el sentido que antes del cumplimiento el único acto de cesión absolutamente eficaz es el inscrito; lo que significa que la figura de la comunicación fehaciente al deudor, así como el interés que este último tenga sobre la información relativa a la titularidad sobre el crédito, han sido del todo pasadas por alto. Pero queda absolutamente claro que el ámbito temporal de la concurrencia de acreedores cuando las cesiones múltiples se hayan celebrado antes de la extinción del crédito y cuando una de aquellas haya sido inscrita en el registro respectivo.

3.4. Purificando el supuesto de hecho (*sigue*): En la concurrencia de garantías mobiliarias no es aplicable el artículo 27º de la LGM

El acreedor como titular del crédito puede transferir íntegramente su situación jurídica a través de la cesión, lo cual se da en los casos de cesiones múltiples. Sin embargo, puede, sin perder la titularidad del crédito, crear o constituir a favor de otros sujetos una situación jurídica distinta que recaiga sobre el crédito pero con la finalidad de garantizar el cumplimiento de otra obligación de la que el mismo es deudor o un tercero. En este caso, la facultad que se le otorga al titular de esta situación derivada del crédito es la de realizar el valor del crédito en caso de ser incumplida la obligación garantizada o apropiárselo.

Esta figura, que es una situación jurídica de garantía constituida *sobre* el crédito era conocida hasta hace algunos años como “prenda sobre créditos” y estaba regulada fundamentalmente en el Código Civil²³, mientras que en la

²³ La prenda sobre créditos -entendidos estos como bienes muebles inmateriales susceptibles de ser pignoralos a través de la prenda civil- estaba regulada dentro de sección del Código Civil correspondiente a la prenda, en los arts. 1084º al 1088º específicamente. Si bien esta regulación no era la más acertada, no puede negarse que permitía a las partes constituir garantías sobre cualquier derecho de crédito, siempre y cuando, este constara en algún documento (ex art. 1084). Esta disposición, empero, era arrastrada del Código Civil de 1936, en cuyo art. 982º establecía “(...) si la prenda consiste en créditos o valores, deben cederse o entregarse los títulos y notificarse al deudor, pero la notificación no es necesaria si los documentos son endosables al portador”. Es de observarse, entonces, que la garantía sobre créditos del Código Civil no podía escapar del todo de la idea fundamental de la prenda (que implicaba el desplazamiento del bien pignoralos). En efecto, como el crédito es un bien

actualidad ha sido sustituida por la “garantía mobiliaria sobre créditos” y es regulada íntegramente en la LGM.

Ahora bien, la garantía mobiliaria, independientemente del objeto sobre el que recaiga, se crea a través de un acto jurídico que puede ser un acto unilateral²⁴ o plurilateral (contrato) el mismo que deberá cumplir con los requisitos mínimos de todo acto jurídico²⁵ (a saber, agente capaz²⁶, objeto física y jurídicamente posible y fin lícito como lo prescribe el art. 140 CC²⁷). Este acto, no está sometido a formalidad alguna por lo que será *ad probationem*, toda vez que, si bien el artículo 17º de la Ley prescribe que el acto constitutivo de la

inaprensible o inmaterial no era posible exigir la “entrega” del mismo, por lo que se reemplazaba su falta de materialidad con los documentos donde “constara el crédito” los cuales debían “entregarse” al acreedor pignoraticio, a un tercero o a una institución de crédito para que la prenda pudiera constituirse (ex art. 1084º CC). Esto implicaba que los créditos que no constasen en documentos no podían ser susceptibles de ser afectados en prenda, aún cuando legalmente fuesen considerados como bienes muebles. Cabe agregar a esto, que los documentos en relación a un derecho de crédito, pueden ser simples medios de prueba con respecto a su existencia, o necesarios para su perfeccionamiento (como el caso de los contratos sometidos a una formalidad documental bajo sanción de nulidad) o los que representan al derecho mismo, como en el caso de los títulos valores. En este sentido, cuando se trataba de documentos meramente probatorios o constitutivos del crédito de nada servía entregarle toda la documentación al acreedor pignoraticio si el deudor del crédito pignorado, nada sabía sobre la garantía constituida, ya que podría pagar al constituyente de la garantía y extinguir el objeto pignorado (es decir, el crédito).

²⁴ En la constitución de la GM pueden intervenir el constituyente de la garantía, el deudor y el acreedor garantizado; pero, inclusive se puede prescindir del consentimiento de estos últimos (deudor y acreedor garantizado), ya que la GM puede constituirse mediante un acto unilateral requiriéndose, entonces, la sola participación del constituyente. En este sentido, el art. 17º de la Ley, establece que la GM puede constituirse por acto jurídico unilateral o plurilateral e, inclusive, agrega en su último párrafo que: “Cuando la garantía mobiliaria se constituya por un tercero, no se requerirá del consentimiento del deudor”.

²⁵ Sin embargo, la Ley hace una distinción con respecto a los actos constitutivos de GM sobre títulos valores (como por ejemplo en endoso en garantía), el cual se regirá por su ley especial aplicable. En este sentido, el art. 18º (Constitución de la garantía mobiliaria sobre títulos valores) de la Ley taxativamente prescribe: “Cuando se afecte en garantía mobiliaria títulos valores o valores representados mediante anotaciones en cuenta, la garantía mobiliaria se constituirá de acuerdo a lo dispuesto en la ley de la materia. La presente Ley se aplicará supletoriamente en lo que sea pertinente”.

²⁶ Por esta razón, resulta innecesario lo señalado por el art. 5º de la LGM, ya que como todo acto jurídico, para que el acto constitutivo de la GM sea válido es ineludible que los sujetos que intervienen en él sean capaces.

²⁷ Es oportuno recordar que, como lo dispone el art. 17º de la LGM, el acto constitutivo de la GM es *ad probationem*, es decir no está sujeto a ninguna formalidad bajo sanción de nulidad, razón por la cual las partes serán libres de celebrar este acto jurídico de la forma que deseen.

garantía constará “por escrito”, la inobservancia de esta forma -escrita- no ha sido sometida a sanción de nulidad, razón por la cual, el medio escrito será solamente una de las tantas formas de acreditar la existencia del acto constitutivo de la garantía, bastando que se pruebe de manera indubitable la voluntad del constituyente de afectar el bien mueble gravado²⁸.

Con respecto a la constitución de la garantía mobiliaria sobre el crédito, nos damos con la sorpresa que no tiene un tratamiento especial dentro de la LGM, sino que están desperdigados en diferentes artículos que no prevén un régimen especial de tratamiento. Así, por ejemplo, para constituir una GM sobre créditos ni siquiera es necesario que el objeto de la garantía (el crédito) tenga existencia actual, toda vez que el art. 16^{o29} de la Ley claramente permite que se constituyan GM sobre todo tipo de créditos presentes o futuros, lo que implicaría que puede formarse este gravamen sobre créditos cuya existencia dependa de una condición suspensiva o sobre créditos con respecto a los cuales no se tenga ninguna referencia sobre la certeza de su futura existencia (créditos eventuales). Así, se podría constituir GM sobre créditos eventuales totalmente indeterminados bajo la formula: *“constituyo GM sobre todos los créditos futuros de los cuales pueda ser titular”*, lo cual entra en la lógica de la GM **universal**, prevista en el art. 4^o ³⁰ de la LGM.

²⁸ **“Artículo 17.- Constitución (...)/** El acto jurídico constitutivo constará por escrito y podrá instrumentarse por cualquier medio fehaciente que deje constancia de la voluntad de quien lo otorga, incluyendo el télex, telefax, intercambio electrónico de datos, correo electrónico y medios ópticos o similares, de conformidad con la Ley N° 27269 Ley de Firmas y Certificados Digitales, el Decreto Supremo N° 019-2002-JUS Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales y las demás normas aplicables en esta materia”.

²⁹ **“Artículo 16.- Garantía mobiliaria sobre créditos/** Puede constituirse garantía mobiliaria sobre los créditos presentes o futuros del deudor o del constituyente de la garantía mobiliaria. /El acreedor garantizado podrá solicitar al constituyente de la garantía mobiliaria información relativa al proceso de cobro de los créditos dados en garantía mobiliaria”.

³⁰ La GM universal implica que todos los bienes muebles (detallados en las lista del art. 4^o o, inclusive, los que no estén en ella) que ingresen al patrimonio del constituyente quedarán afectados o sujetos al gravamen, razón por la cual, todos los bienes muebles del constituyente no le servirán para acceder a ninguna otra fuente de financiamiento distinta a la del acreedor garantizado, ya que este último tendrá un derecho preferente y de primer orden con respecto a todos aquellos bienes muebles. Si su GM universal ha sido inscrita, podrá perseguirlos en donde estén como lo dispone el art. 13^o de la Ley (esto significa que quien compra un bien

Ahora bien, en el caso de la Garantía Mobiliaria, esta es una garantía real que proporciona al acreedor garantizado un haz de facultades que le permiten realizar el valor (o, inclusive, apropiarse) de un determinado bien mueble afectado en garantía. En este orden de ideas, la LGM define a la garantía mobiliaria “(...) como el gravamen constituido sobre bienes muebles en virtud de un acto jurídico dentro del ámbito de aplicación de la presente Ley”³¹.

Como su mismo nombre lo dice, los objetos que podrán ser afectados por este tipo de garantía son aquellos que, en principio, sean susceptibles de moverse, es decir, que pueda modificarse su ubicación en el espacio (muebles³²). Así, en el art. 4º de la LGM encontramos una relación³³

mueble del constituyente de una GM universal está asumiendo el riesgo de ser despojado eventualmente del mismo). En este orden de ideas, es de verse que la GM universal crea un vínculo de “dependencia absoluta” entre el deudor constituyente y el acreedor garantizado, ya que el primero no podrá acceder a otra fuente de financiamiento valiéndose de sus bienes muebles constituyendo otras GMs o enajenándolos a título oneroso, ya que en el primer caso nadie querrá tener una garantía de segundo orden ni, en el segundo, tampoco adquirir un bien afectado por una garantía real (es decir el constituyente se convierte en un suerte de “apestado financiero”).

Sin embargo, para algunos, esta situación se evitaría toda vez que “El propio mercado encontrará su salida como lo ha hecho ya tantas veces”: BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. “El impacto de la Ley de garantía mobiliaria en el derecho peruano”. En *Athina, Revista de derecho de los alumnos de la Universidad de Lima*, N° 1, Año 1, 2006, p. 268. Desde luego, que la “solución de mercado” será aquella que permita que se consumen abusos y despojos por parte de las entidades financieras sobre sus clientes “como lo ha[n] hecho ya tantas veces”, así los bancos estarán muy incentivados a pedir a quienes recurren a ellos que les den en garantía todo su patrimonio presente y futuro y así “esclavizarlos” financieramente. En todo caso, debemos reconocer la sinceridad del autor en comentario aunque la “solución de mercado” no nos parece la mejor.

³¹ Numeral 13. del art. 2º de la LGM. Asimismo, en el numeral 3.1 se vuelve a dar otra definición en los siguientes términos: “La garantía mobiliaria es la afectación de un bien mueble mediante un acto jurídico, destinada a asegurar el cumplimiento de una obligación”. Como puede apreciarse, no resulta adecuado desde ningún punto de vista llenar un cuerpo normativo de definiciones, empero resulta importante observar que el legislador centra su atención en tres elementos: 1. El acto constitutivo de la garantía; 2. La afectación del bien mueble; y, 3. El propósito o finalidad de asegurar el cumplimiento de un crédito. Esto también ha sido vuelto a repetir en el primer párrafo del artículo 17º, el mismo que establece: “La relación jurídica entre las partes derivada de la garantía mobiliaria sobre el bien mueble se constituye mediante acto jurídico constitutivo unilateral o plurilateral, debidamente otorgado con la finalidad de asegurar el cumplimiento de una obligación”.

³² En este sentido resulta oportuno observar que de acuerdo al art. 886º del Código Civil, son bienes muebles: / 1.- Los vehículos terrestres de cualquier clase. /2.- Las fuerzas naturales susceptibles de apropiación./3.- Las construcciones en terreno ajeno, hechas para un fin temporal./4.- Los materiales de construcción o procedentes de una demolición si no están unidos al suelo./5.- Los títulos valores de cualquier clase o los instrumentos donde conste la

(meramente enunciativa) de los bienes muebles sobre los cuales puede recaer una GM. Empero, decimos que esta relación es meramente enunciativa, por que el numeral 22 de este mismo artículo se establece que este tipo de garantía recaerá “*en general*”, sobre todos los bienes muebles (es decir los incluidos en esta lista y los bienes muebles que estén fuera de ella, con algunas excepciones³⁴).

Asimismo, en la relación de bienes muebles descritos en el art. 4º antes comentado, encontramos en el inciso 10, que la Ley prescribe que se podrá constituir GM sobre los derechos de crédito, con o sin garantía mobiliaria³⁵ (lo

adquisición de créditos o de derechos personales./6.- Los derechos patrimoniales de autor, de inventor, de patentes, nombres, marcas y otros similares./7.- Las rentas o pensiones de cualquier clase./8.- Las acciones o participaciones que cada socio tenga en sociedades o asociaciones, aunque a éstas pertenezcan bienes inmuebles./9.- Los demás bienes que puedan llevarse de un lugar a otro./ 10.- Los demás bienes no comprendidos en el artículo 885.

³³ **Artículo 4.- Bienes muebles comprendidos en esta Ley / (...)** Pueden ser objeto de la garantía mobiliaria: 1. Los vehículos terrestres de cualquier clase./ 2. Las fuerzas naturales susceptibles de apropiación./3. Las construcciones en terreno ajeno, hechas para un fin temporal./4. Los materiales de construcción o procedente de una demolición si no están unidos al suelo./5. Los inventarios, estén constituidos por bienes fungibles o no fungibles./6. El saldo de cuentas bancarias, depósitos bancarios, cuentas de ahorro o certificados de depósito a plazo en bancos u otras entidades financieras./ 7. Conocimientos de embarque o títulos de análoga naturaleza./ 8. Las acciones o participaciones en sociedades o asociaciones, aunque sean propietarias de bienes inmuebles./ 9. Los derechos patrimoniales de autor, de inventor, de patente, nombres comerciales, marcas y otros similares./10. Los créditos, con o sin garantía mobiliaria./ 11. Los títulos valores de cualquier clase incluyendo aquellos amparados con hipoteca o los instrumentos en los que conste la titularidad de créditos o derechos personales, excepto los cheques./ 12. Los bienes muebles futuros./ 13. Las pólizas de seguro./14. El derecho de obtener frutos o productos de cualquier bien./ 15. Todo tipo de maquinaria o equipo que conserve su carácter mobiliario./16. Los derechos a dividendos o a utilidades de sociedades./17. Todo bien mueble dado en arrendamiento financiero o arrendado./18. Las concesiones privadas que sean muebles y que no tengan carácter personalísimo./19. Las naves y aeronaves./20. Los pontones, plataformas y edificios flotantes./ 21. Las locomotoras, vagones y demás material rodante afecto al servicio de ferrocarriles./ 22. En general, todos los bienes muebles, registrados o no registrados, excepto las remuneraciones, el fondo de compensación por tiempo de servicios, los warrants y los Certificados de Depósito.

³⁴ Empero existen bienes muebles sobre los cuales no pueden constituirse este tipo de garantía, a saber, las remuneraciones, el fondo de compensación por tiempo de servicios, los warrants y los Certificados de Depósito. Tampoco podrían ser objeto de esta garantía los bienes muebles inembargables, ni pueden afectarse en garantía mobiliaria los recursos que constituyen el encaje bancario, tampoco están afectos a garantía mobiliaria los bienes que integran los Fondos de Aportes Obligatorios, el Encaje Legal, el Fondo de Longevidad, el Fondo Complementario y los demás señalados en el art. 20 del Decreto Supremo N° 054-97-EF, TUO de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones.

³⁵ A esto debe agregarse que la Ley en su art. 32º, bajo la sumilla de “actos inscribibles”, utilizando una terminología inapropiada, prescribe que el universo de actos

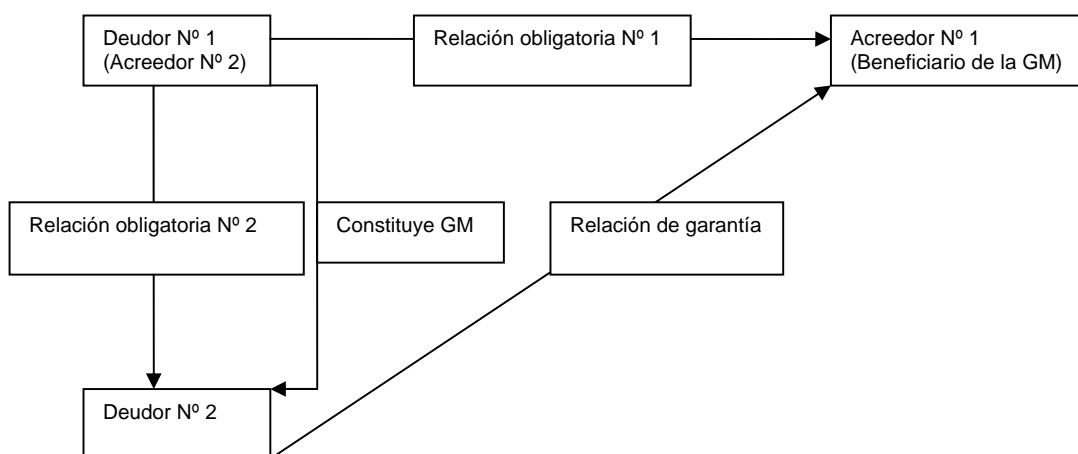
que incluye, el crédito eventual que surja de un contrato de seguro-póliza de seguro, que es un crédito futuro antes de que se produzca el siniestro-, los derechos a dividendos o utilidades de sociedades, saldos de cuentas bancarias, cuentas de ahorro y certificados de depósito, las concesiones privadas, etc.). Es decir, se puede utilizar un crédito de cualquier naturaleza para garantizar otro crédito.

Así, cuando se constituye una GM sobre un crédito, van a quedar vinculados mínimamente tres sujetos en dos distintas relaciones obligatorias que se yuxtaponen. El caso más sencillo, sería aquel de un deudor que constituye GM sobre los créditos que, a su vez, tiene frente a terceros, lo que le permitiría al acreedor garantizado cobrarse contra los deudores de su deudor en caso de incumplimiento), el cual puede graficarse de la siguiente manera:

jurídicos que pueden ser inscritos al amparo de esta Ley, van desde las garantías mobiliarias que se constituyan sobre los bienes muebles descritos en el artículo 4º, así como las resoluciones judiciales, arbitrales o administrativas que se refieran a ellas. Además, la Ley ha extendido innecesaria y erróneamente -desde nuestra perspectiva- la posibilidad de inscribir actos que en muchos casos no tendrán nada que ver con una GM. En este sentido tenemos que la norma en comentario permite la inscripción actos relativos a bienes muebles como: **cesión de derechos**, fideicomisos, arrendamiento, arrendamiento financiero, contratos de consignación, medidas cautelares, contratos preparatorios, contratos de opción y cualquier acto jurídico que se refiera a bienes muebles (la ley dice “otros actos jurídicos en los que se afecten bienes muebles”). Como es de verse cualquier acto jurídico que produzca efectos relacionados con bienes muebles será susceptible de inscripción registral al amparo de esta Ley.

Nos parece equivocada esta posición asumida por la Ley, ya que existen diversas operaciones sobre bienes que no necesitan de la inscripción para que sean plenamente eficaces y útiles, y someterlas a inscripción y al régimen de ejecución extrajudicial aumentaría injustificadamente los costos de constitución y ejecución de la garantía. Así por ejemplo tenemos la prenda sobre dinero (regulada en el derogado art. 1089º CC) que daba el derecho al acreedor a hacer efectivo su crédito con cargo al dinero preñado sin requerir inscripción o procedimiento alguno para su “ejecución”, mientras que en la actual regulación –en opinión de Beaumont- “debe designarse representante y seguirse todo el proceso de ejecución. En su caso deben observarse las normas especiales sobre pacto comisorio, poniendo mayor evidenciado, por ejemplo, en el caso de moneda extranjera preñada”: BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. “El impacto de la Ley de garantía mobiliaria en el derecho peruano”, Ob. Cit., p. 262. Esto implica aumentar los costos y entorpecer la “ejecución” de una garantía real que por su objeto es de fácil realización, en perjuicio del acreedor garantizado.

Fig. 2: GM sobre créditos



Como puede verse de la Figura anterior, cuando se constituye una GM sobre créditos, mínimamente quedan vinculadas dos relaciones jurídicas, la primera (N° 1) será garantizada por la segunda relación (N° 2), por lo que el acreedor garantizado o beneficiario de la garantía tendrá un derecho preferente sobre la prestación a ser ejecutada por el deudor (N° 2) de la segunda relación, si es que el deudor (N° 1), constituyente de la garantía, incumple con su obligación.

Entonces, la expresión garantía mobiliaria sobre créditos debe ser entendida en el sentido de “derecho preferente sobre la prestación que el constituyente de la garantía tiene en otra relación obligatoria”. Pero las facultades de ejecución otorgadas al acreedor garantizado con un crédito, son las mismas que se le otorgan al acreedor garantizado con cualquier tipo de bien mueble corporal, consistentes fundamentalmente en adquirir el crédito o realizarlo extrajudicialmente, o judicialmente si media pacto en este sentido (art. 55° LGM³⁶). Es decir, al momento de constituir la garantía tendrá que

³⁶ **Artículo 55.- Garantía mobiliaria sobre créditos.-** Ante el incumplimiento del deudor, el acreedor garantizado con una garantía mobiliaria sobre créditos presentes o futuros, se encuentra facultado para adquirir los créditos o transferirlos a un tercero de acuerdo a las normas que rigen la venta del bien mueble afecto en garantía mobiliaria contenidas en este

nombrarse un representante del deudor (Ar. 47°.1 LGM) que “formalice” la adjudicación del crédito a favor del acreedor o, en su defecto, lo transfiera a un tercero quien “tendrá los mismos derechos que el acreedor garantizado”³⁷. Esta regulación, resulta un total despropósito en el contexto de la GM sobre un crédito, ya que lo adecuado hubiese sido legitimar al acreedor asegurado a recibir la prestación a la que da derecho el crédito afectado, toda vez que la naturaleza de este tipo de garantía podría permitir que el acreedor garantizado cobre y se impute directamente el pago, sin peligro de que se produzcan fraudes en daño del constituyente de la garantía. En este sentido, si queremos que este tipo de garantía sea utilizado eficazmente debería facultársele al acreedor garantizado en ser el único legitimado para ejercer el derecho a cobro³⁸.

Ahora bien, cabe precisar, que los créditos sobre los cuales se puede constituir garantía mobiliaria son todos aquellos que sean susceptibles de ser enajenados a través del régimen general de la cesión de créditos³⁹, lo que

Título, que resulten aplicables. El adquirente tendrá los mismos derechos que el acreedor garantizado.

³⁷ En este extremo la ley incurre en un craso error, ya que los derechos del acreedor asegurado, no son más que los relativos a la realización del valor del crédito o su adjudicación. Por lo que decir “tendrá los mismos derechos”, podría conducirnos a un círculo vicioso donde solo se transmitan el derecho a la realización del valor y no la titularidad sobre el crédito, o para dejarnos de conceptos que pueden conducirnos a confusiones, el derecho a recibir la prestación a cargo del deudor del crédito afectado.

³⁸ Sobre el particular correctamente se sostiene que “hay que proponer que al vencimiento del crédito garantizado, el acreedor pignoraticio deviene en único legitimado para ejercer el derecho a cobro. El acreedor pignoraticio no tiene que satisfacerse primeramente con la prenda, y puede preferir la responsabilidad ordinaria del deudor, y el pignorante por el debito ajeno no posee beneficio de excusión. Esta facultad de apropiación, para explicar la cual se han construido diversas teorías, debe y puede explicarse como una facultad de compensación que el acreedor pignoraticio recibe con la prenda, y que es oponible a terceros, quedando inmune a los derechos adquiridos por terceros en el entretanto (...). En último extremo, como ocurre con todo derecho sobre un derecho, el objeto último de la prenda no es el crédito como bien incorporal, sino la prestación final en que este consiste. Hay que asentar sin dudar a la doctrina que sostiene la litud del así llamado pacto marciano, pues la naturaleza especial de esta garantía conjura el peligro de que se incurra en el pacto comisorio”: CARRASCO PERERA, Ángel, CORDERO LOBATO, Encarna-MARÍN LOPEZ, Manuel Jesús. *Tratado de los derechos de garantía*. Navarra: Editorial Aranzandi S.A., 2002, pp. 889 - 890

³⁹ En este sentido, para Von Thur: “Son pignorables, según el art. 899, ap. 1º, todos los créditos susceptibles de cesión, incluyendo por tanto los futuros, bajo los mismos requisitos que han de concurrir para que sean transmisibles. De la finalidad de la pignoración se deduce que

abarca a la más amplia categoría de créditos. Sin embargo, los créditos cuya titularidad sea indisponible por prescripción legal (prohibición de enajenar) o contractual (pacto de no ceder) tampoco podrán ser objeto de GM.

El ámbito de la GM sobre créditos se restringe a aquellos casos en que el derecho crédito sea utilizado para asegurar el cumplimiento de obligaciones contenidas en otras relaciones jurídicas. Pero debemos recordar que el crédito puede tener diversas naturalezas que dependen de las prestaciones a cuya exigibilidad dé derecho. En este sentido, el crédito puede facultar para exigir la entrega de un bien cierto, un género delimitado de bienes, un servicio, una obligación de contenido negativo como una abstención, etc.. En este sentido, no existe objeción legal alguna para constituir una GM sobre un crédito independientemente de su naturaleza.

Cabe preguntarse, empero, cómo el acreedor asegurado, podrá oponer la existencia de la garantía y su preferencia en el cobro del crédito gravado si el obligado a cumplir este crédito no ha participado en el acto de constitución de la garantía (y, en no pocos casos, nada sabrá sobre su existencia). Lo que parece lógico es suponer que el acreedor garantizado debe comunicar la existencia del gravamen al deudor del crédito pignorado, para que este sepa sobre la existencia del derecho preferente (es por esta razón que el derogado art. 1084º CC establecía que para la existencia de la prenda sobre créditos debía notificarse al deudor de algún modo). Entonces, la preferencia y oponibilidad de la garantía constituida tendría que oponerse al deudor del crédito afectado comunicándosele mediante algún mecanismo que otorgue certidumbre con respecto a la legitimidad del acreedor asegurado con la garantía.

Sin embargo, lo anterior no le pareció ni lógico ni práctico al legislador de la LGM, toda vez que también sometió la prelación y oponibilidad de la garantía sobre créditos a la inscripción registral (en el Registro Mobiliario de Contratos o

sólo son pignorables aquellos créditos que puedan, por su valor en dinero, servir para saldar los derechos del acreedor”: VON THUR, Andreas. *Tratado de Derecho civil alemán. Obligaciones*. Ob. Cit., p. 329.

un correspondiente registro jurídico de bienes⁴⁰). En efecto, la oponibilidad del gravamen frente a terceros (ajenos al acto constitutivo de la garantía) así como frente al deudor del crédito gravado, se producirá como efecto de la inscripción, quien inscriba el derecho tendrá preferencia tanto para la adquisición del crédito como para recibir el pago. En este escenario se vuelve irrelevante la comunicación del gravamen al deudor del crédito afectado.

Resulta importante diferenciar entre la eficacia interna de la garantía derivada del acto constitutivo y la eficacia externa u oponibilidad que genera la inscripción del derecho de garantía en el registro (que es un mecanismo de publicidad legal que genera para los terceros adquirentes de buena fe efectos autónomos con respecto a la validez y/o eficacia de los actos causales que se hayan inscrito). En este sentido, cuando se constituye la GM sobre un crédito el gravamen se generará automáticamente (es decir, el crédito queda afectado) pero el deudor como si fuera cualquier tercero estará vinculado a estos efectos de manera plena e indefectible sólo con la inscripción registral (es decir, le será oponible la existencia del derecho según los arts. 17º y 37º de la LGM), lo cual constituye un error.

Cabe observar, asimismo, que existen dos mecanismos para informar sobre la existencia del gravamen, a saber, la comunicación (notificación) dirigida al deudor y la inscripción registral del gravamen. En el primer caso, estamos ante una publicidad de hecho, que tiende a un conocimiento efectivo de un singular sujeto, mientras que en el segundo estamos ante una publicidad

⁴⁰ La LGM ha creado un sistema dual de registro para las garantías mobiliarias y demás actos inscribibles al amparo de esta ley. En este sentido, para los actos referidos a bienes que tengan un Registro Jurídico de Bienes (vehículos, aeronaves, buques, etc.) serán inscritos en cada registro particular; mientras que el resto de actos sobre bienes muebles serán inscritos en el Registro Mobiliario de Contratos (art. 42º).

Este último registro se organiza en función a cada acto inscrito, a saber, "Cada acto inscribible da lugar a la extensión de un asiento electrónico independiente" (ex art. 42º) y su organización, regulación, determinación de los costos de las inscripciones y supervisión está a cargo de la SUNARP (art. 43º), la misma que, además, está encargada de organizar todos los Registros Jurídicos de Bienes y crear mecanismos que permitan un rápido y barato acceso a la información contenida en todos estos registros, privilegiando entre los diversos mecanismo de publicidad los medios electrónicos como la Internet (art. 45º).

de derecho o legal, dirigida indeterminadamente a cualquier tercero. En este último sentido, al haberse creado la posibilidad legamente calificada para que el deudor del crédito pueda “conocer” la existencia del gravamen, los efectos del mismo le serán oponibles, inclusive, si es que no le ha sido comunicada de hecho, ya que el art. 38º de la Ley taxativamente dispone: *“La inscripción en el Registro correspondiente se presume conocida, sin admitirse prueba en contrario”*.

Entonces, de acuerdo a nuestro ordenamiento legal la garantía mobiliaria sobre créditos es un derecho real derivado que puede constituirse por acto unilateral o plurilateral por el titular-acreedor del crédito, que otorga el derecho a realizar el valor (enajenar) el crédito o apropiárselo.

Esto implica que puede entrar en conflicto con otras situaciones jurídicas de igual naturaleza (otras garantías mobiliarias sobre el mismo crédito) o con un nuevo titular del crédito si es que ha sido cedido por el titular constituyente de la garantía.

Estas circunstancias, sin embargo, no encajan en el supuesto de hecho de la concurrencia de cesionarios, cuyo supuesto de hecho está previsto en el art. 27º de la LGM, ni encuentran su solución en la regla de discriminación contenida en este artículo, sino que encuentran su solución en otros artículos de la misma ley.

En efecto, para el caso de las garantías mobiliarias, constituidas sucesivamente sobre un mismo derecho de crédito por el mismo acreedor constituyente, el art. 26º de la LGM establece que: *“Cuando se hubiesen constituido garantías mobiliarias sucesivas sobre el mismo bien mueble, la preferencia se regula de acuerdo a la fecha de inscripción en el Registro correspondiente”*.

Es de apreciarse, entonces, que al ser la garantía mobiliaria sobre créditos un acto susceptible de inscripción, esta regla de preferencia basada en

la primera inscripción le resulta plenamente aplicable. Asimismo, siguiendo la lógica de los arts. 17° y 32° de la misma ley, la oponibilidad a terceros al acto constitutivo de la garantía, como los eventuales acreedores garantizados sucesivos así como al deudor del crédito dado en garantía, se da en base a la primera inscripción de la garantía y no por la fecha de la constitución o la notificación del gravamen creado sobre el crédito.

Entonces, si se han constituido sucesivas garantías sobre un mismo derecho de crédito, la preferencia, o primer rango para cobrarse con ese crédito, la tendrá la garantía que se inscribió primero en aplicación del art. 26° de la LGM.

Pero, cabe la posibilidad de que el acreedor original del crédito ceda el crédito a un tercero y anterior, posterior o simultáneamente, constituya sobre este mismo derecho una garantía mobiliaria a favor de un acreedor asegurado. Si la afectación en garantía del crédito es anterior, asumiendo que el cesionario desconocía de este acto de disposición previo que implicaba la creación de un derecho preferente y actuó de buena fe, la garantía mobiliaria no le podrá ser opuesta si es que no ha sido inscrita antes de la cesión.

Igual solución encontramos, si es que la constitución de la garantía ha sido simultánea a la cesión, toda vez que no podrá oponerse al cesionario si es que no está inscrita, ya que, hasta antes de este momento el gravamen no tiene efectos ni para el cesionario ni para el deudor del crédito pignorado. Esto en aplicación del régimen general de oponibilidad de este tipo de garantías. En todo caso, la garantía mobiliaria mutará de objeto pasando de afectar al crédito a gravar los bienes de carácter patrimonial que haya percibido el cedente por la transferencia del crédito. Empero, la garantía no inscrita no podrá ser opuesta al cesionario que celebró el acuerdo de cesión desconociendo la existencia del gravamen que afectaba el crédito.

Una circunstancia, distinta se presenta cuando se constituye una garantía mobiliaria sobre el crédito después de que el cesionario ya ha

adquirido el crédito afectado, aunque aún no ha inscrito la cesión en el registro respectivo. Sería el caso de un acreedor que cede un crédito a un cesionario y este notifica el acto de cesión al deudor cedido, con el consecuente efecto traslativo del crédito a su favor y la correlativa pérdida del derecho en la esfera patrimonial del ex titular del derecho (acreedor-cedente), pero este último “constituye” una garantía mobiliaria sobre el mismo crédito a favor de un tercero (que vendría ser un acreedor garantizado) que es inscrita en el registro respectivo. En este caso, tenemos que se ha inscrito una garantía mobiliaria sobre un crédito, pero constituida por un sujeto (cedente-acreedor) que ya no era el titular del derecho por lo que no estaba legitimado para afectar el bien dado en garantía. Tenemos, entonces, una cesión perfeccionada frente a una garantía mobiliaria sucesiva inscrita, constituida por un *non creditore*.

Para solucionar este aparente conflicto, es pertinente aplicar el art. 24° de la LGM, que regula la afectación de bienes muebles en garantía mobiliaria por constituyente sin derecho. De acuerdo a esta norma:

“Si el constituyente de la garantía mobiliaria no es propietario del bien mueble o del derecho afectado, la garantía mobiliaria no tendrá efectos frente al propietario”⁴¹.

Entonces, para estos efectos prevalecerá el cesionario que adquirió el crédito antes que se inscriba la garantía mobiliaria sobre el crédito. Lo que

⁴¹ Resulta evidente que cuando la ley, en este párrafo del art. 24°, habla de “propietario” en realidad está aludiendo a la titularidad sobre un derecho. En este sentido, se ha expresado en sede nacional lo siguiente: “El artículo 24° de la LGM dice que si el constituyente no es “propietario” del bien mueble o del derecho afectado, la garantía no tendrá efecto frente al “propietario”. El constituyente no puede crear, en principio, una garantía sino respecto de un derecho del que sea titular. Usualmente será el derecho de propiedad, y por eso la norma alude a la “propiedad” del bien afectado, pero nada impide que el constituyente sea usufructuario –sin derecho por ejemplo-, y que afecte ese derecho. La norma en comentario hay que entenderla entonces en el sentido que el constituyente no debe ser titular del derecho que afecta. Para que la garantía tenga eficacia, el constituyente debe ser titular del derecho que dispone”: AVENDAÑO ARANA, Francisco. “Garantía mobiliaria preconstituida y garantía *a non domino*”. En *Homenaje a Fernando de Trazegnies Granda*. Tomo 2. Primera edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, p. 49

resulta evidente, es que si quien constituyó la garantía era un cesionario que aparecía como titular del crédito en el registro correspondiente, pese a que ya lo haya enajenado en cesión a otro sujeto que sea su verdadero titular, la garantía mobiliaria que constituya sobre el mismo crédito prevalecerá por sobre la cesión si es que el acreedor asegurado actuó de buena fe (es decir, desconociendo el acto de disposición anterior). Esto en aplicación de la protección dispensada al titular de la garantía mobiliaria, en su condición de tercero registral, lo cual se prescribe taxativamente en el segundo párrafo del art. 24° de la LGM, según la cual:

“Si el constituyente aparece como propietario del bien mueble o derecho en algún registro de bienes, o es legítimo poseedor del bien o derecho y no existe un registro que acredite la propiedad, la garantía mobiliaria subsistirá siempre que el acreedor garantizado haya actuado de buena fe”.

Debemos precisar que, con respecto al crédito, al no ser un objeto físico sobre el cual pueda detentarse la “posesión”⁴², el hecho de haber perdido la

⁴² Solamente un exceso de imaginación podría llevarnos a sostener que sobre el crédito, que es una entidad abstracta, se puede detentar la posesión. Empero, precisamente en este error incurre Mejorada Chauca, quien sostiene que la comunicación fehaciente o el pago, por su “exterioridad” (¿?) pueden equipararse a la posesión que se detenta sobre los bienes corporales. Así, el autor en comentario afirma que: “Esta norma [1136° C.C.] también se aplica a los créditos, sobre todo por que se derogó el artículo 1218° [sic] del Código Civil. Si no hay inscripción pasamos al siguiente factor de preferencia: la tradición. Ciertamente la tradición del crédito no se da como en los bienes materiales, de modo que podríamos asimilarlo a la comunicación fehaciente que se dirige al deudor cedido o al pago del crédito al cesionario, ya que en ambos casos se produce una “exterioridad” que es precisamente el fundamento de la tradición. Si no hubo comunicación o pago, la preferencia la determinará la antigüedad del título, en todos los caso con exigencia de buena fe”: MEJORADA CHAUCA, Martín. “Garantía mobiliaria sobre créditos”. En *Revista peruana de derecho de la empresa: financiamiento y garantías*. Núm. 63, 2007, p. 51. Es evidente que el autor en comentario, incurre en varios errores, no solamente porque el art. 1218° no ha sido derogado y no tenga nada que ver con la concurrencia de cesionarios, sino por que este fenómeno jurídico es radicalmente distinto al de la concurrencia de acreedores en las obligaciones de dar bienes ciertos. En el primer caso, los cesionarios concurren para adquirir un mismo derecho, ya que solamente uno puede ser el acreedor de la relación obligatoria. Mientras que en la concurrencia de acreedores, del art. 1136° CC, cada sujeto ejerce la titularidad de un derecho de crédito propio que, sin embargo, solamente pueden realizarse con un único objeto perfectamente individualizado, por lo que aquí no se discute quien es el titular de un derecho sino a cuál de los acreedores deberá entregarse el bien, es decir, se resuelve un típico conflicto de derechos de goce. Por esta razón, desde

titularidad del mismo como consecuencia de una cesión perfeccionada, implicaría una ausencia total de legitimidad y, por ende, la inoponibilidad radical de la garantía mobiliaria constituida por el cedente (que ya no es acreedor). Precisamente, porque al no estar inscrita la titularidad del crédito, no existe apariencia jurídica que tutelar que justifique la conservación del derecho de garantía del acreedor asegurado.

Como puede apreciarse, los casos de la constitución de sucesivas garantías mobiliarias sobre el crédito (art. 26° de la LGM), así como los casos de la confluencia de diversos actos de disposición sobre un mismo crédito, cesión vs. garantía mobiliaria, (art. 24° de la LGM), se regulan por artículos distintos al art. 27° de la ley, el cual como se ha expresado, está reservado exclusivamente para la concurrencia de cesionarios generada por las cesiones múltiples sobre un mismo derecho de crédito.

3.5. El supuesto de hecho (sigue): ¿En la concurrencia de cesionarios se configura un conflicto de derechos de goce?

Como se ha explicado, cuando un mismo sujeto dispone dos o más veces de un mismo derecho de crédito, de manera incompatible, a favor de distintos sujetos y por títulos distintos, nos encontraremos ante el supuesto de hecho elemental de la concurrencia de cesionarios. Estos actos de disposición sobre el mismo objeto (crédito) resultan incompatibles, porque solamente uno de ellos conseguirá realizarse plenamente, en el sentido de que transferirá efectivamente el crédito del acreedor cedente al cesionario adquirido, mientras que el otro –u otros actos de disposición- necesariamente quedarán frustrados.

Los arts. 4°, 27° y 32° de la LGM, establecen que el acto de cesión de créditos (así como cualquier otro que afecte al crédito entendido este como un

siempre la concurrencia de cesionarios ha tenido una norma singular que regula su supuesto de hecho (el derogado art. 1217° en el C.C. y el art. 27° en la LGM), resultando inadecuado aplicar el art. 1136° CC. De otro lado, el aludido rasgo que comparten la posesión, la comunicación fehaciente y el pago consistente en su común “exterioridad”, es algo que más parece una *ocurrencia* del autor en comentario, toda vez que las tres figuras antes aludidas son tan disímiles que tratar de equipararlas bajo un adjetivo tan genérico no tiene asidero.

bien mueble), es susceptible de ser inscrito en el RGM (o en el registro correspondiente). Asimismo, se vincula como efecto de la inscripción, a favor del cesionario que primeramente ha inscrito su derecho, la prevalencia de su adquisición sobre quienes hayan adquirido el crédito de acuerdo a las reglas del Código Civil, es decir, será preferido por sobre quien haya comunicado la cesión al deudor u obtenido su aceptación.

En consecuencia, como punto de partida tenemos a la publicidad registral como mecanismo de preferencia para decidir quién ostentará la titularidad sobre el derecho (en este caso un crédito); razón por la cual resulta pertinente anticipar, que no estamos frente a un conflicto de derechos, ya que en ningún momento vamos a encontrar derechos que simultáneamente existen, sino que la inscripción registral determina el decaimiento o extinción de los otros, como consecuencia de la formación de un supuesto de hecho adquisitivo complejo.

Así, por ejemplo, el art. 1.380 del *Codice Civile* italiano de 1942 regula una típica situación de conflicto de derechos, ya que en sentido estricto sólo cabe hablar de conflicto de derechos cuando hay una falta inicial de una norma de coordinación o de subordinación de los derechos coexistentes, por lo que quedan fuera del concepto algunas hipótesis donde no debe verse conflicto, como son: el caso en que los varios derechos pertenecen a un mismo titular (concurrencia de acciones) o a sujetos distintos, pero tienden a un resultado común, y los casos en que la existencia de uno de los derechos impide el nacimiento del otro, o el nacimiento de uno lleva consigo necesariamente la extinción del otro. Este último supuesto se da en la doble enajenación de un mismo bien inmueble y en la doble cesión, como hemos visto.

En consecuencia, las interferencias de derechos cuando se presentan a nivel de la titularidad de la situación implican, siempre la exclusión de la pervivencia de la situación en la esfera jurídica de ambos sujetos, es decir uno es titular hasta que se forme un supuesto adquisitivo que lo despoje de su

situación, mientras que en los conflictos de derechos, las situaciones existen en la esfera jurídica de sus titulares, pero al tener un idéntico contenido y un mismo referente objetivo, la realización de una excluye a la otra. Empero, para que se entienda cabalmente debemos explicar cuando estamos ante un conflicto de derechos y cuando no, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico.

Como se ha indicado, un conflicto de derechos solamente puede surgir cuando tenemos derechos que pertenecen a un mismo tipo fundamental y que tienen un mismo referente objetivo para el ejercicio de las facultades concretas que le otorgan a sus titulares, razón por la cual si bien los derechos existen simultáneamente, ya que son abstractamente realizables, en los hechos su ejercicio los hace incompatibles, ya que, se interfieren mutuamente obstaculizándose temporal o definitivamente⁴³.

Un conflicto de este tipo se presenta, por ejemplo, en los casos de concurrencia de acreedores en las obligaciones con prestación de dar un bien mueble cierto (art. 1136° CC). En estos casos, tenemos que un mismo deudor se obliga a entregar un bien mueble perfectamente individualizado a distintos acreedores a través de diversos títulos (por ejemplo, a un primer acreedor mediante un contrato de compra venta y, después, a un segundo acreedor mediante un contrato de donación). Se deduce, entonces, que los créditos de ambos acreedores existen y abstractamente pueden realizarse, pero de hecho ambos entran en conflicto, ya que solamente uno de los créditos podrá ser satisfecho, lógicamente, en perjuicio del otro. Para este conflicto -entre derechos existentes- el 1136° CC establece que el bien debe ser entregado a uno de los acreedores, en atención a los siguientes criterios: a) La buena fe, entendida en sentido subjetivo de que el segundo (y siguientes) acreedores no conocían la existencia del primer crédito⁴⁴; b) La existencia del título de fecha

⁴³ BRECCIA Umberto, LINA BIGLIAZZI Geri, NATOLI Ugo y BUSNELLI, Francesco D. *Derecho Civil: Normas, sujetos y relación jurídica*. Tomo I, Volumen 1. Traducción de Fernando Hinestroza. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 483

⁴⁴ En este sentido Cárdenas Quiroz afirma que la buena fe regulada por los arts. 1135° y 1136°: "interesa en ambos casos en el sentido de que los acreedores posteriores al primero

cierta más antigua; y, c) De no existir títulos con fecha cierta, simplemente el título más antiguo. Cabe acotar, que si se ha entregado el bien a uno de los acreedores y este lo ha recibido de buena fe, simplemente ya no habrá conflicto que resolver⁴⁵ porque ya no existiría prestación de dar que ejecutar (como lo establecen las primeras líneas del art. 1136° CC).

Otro caso de conflicto de derechos, similar al anterior, lo encontramos en el arrendamiento simultáneo de un mismo bien a varias personas. Al constituirse los derechos de goce de los arrendatarios, estos son abstractamente realizables, ya que el arrendador puede entregar el bien a cualquiera de los arrendatarios y ponerlo en uso del mismo. Sin embargo, la realización de un solo derecho excluye la realización de los demás, por lo que el art. 1670° del CC establece los criterios de preferencia que solucionar este conflicto, según la cual, será preferido el arrendador que desconociendo la existencia de otro derecho de goce (anterior al suyo), es decir actuando de buena fe, inscribe primeramente su título o, en defecto de inscripción, al que ha empezado a poseerlo. Pero, si ninguno ha empezado a poseerlo, será preferido el arrendatario cuyo título sea de fecha anterior, salvo que el de alguno conste de documento de fecha cierta, en cuyo caso prevalecerá el arrendatario que tenga el título de fecha cierta más antiguo.

También existe un conflicto de derechos, cuando se enfrenta la propiedad no inscrita con el embargo inscrito, en el marco de un proceso de tercería de propiedad por el cual el propietario de un inmueble solicita el

deben desconocer los actos anteriores al propio. Es la buena fe creencia. Dicha buena fe creencia no resulta exigible al primer acreedor”: CÁRDENAS QUIROZ, Carlos. “Notas acerca de la concurrencia de acreedores sobre un mismo bien mueble o inmueble”. En *Libro Homenaje a Jorge Avendaño Valdez*. Tomo II. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, p. 749.

⁴⁵ Sobre el particular, Cárdenas Quiroz afirma que: “De haberse producido tal entrega, la regla del artículo 1136° no resultaría aplicable. (En este caso, no se estaría propiamente ante un supuesto de concurrencia de acreedores, como tampoco resultaría pertinente la aplicación del artículo 1135° si el primer acreedor hubiera inscrito su derecho). / Ese acreedor, el primero, será propietario y no habrá más cuestión que debatir sobre el particular”: CÁRDENAS QUIROZ, Carlos. “Notas acerca de la concurrencia de acreedores sobre un mismo bien mueble o inmueble”. Ob. Cit., p. 750.

levantamiento de un embargo trabado el mismo por un acreedor del anterior propietario (pero que aún figura como tal en el registro respectivo). En estos casos, mayoritariamente la jurisprudencia⁴⁶ se ha pronunciado en el sentido de que estamos ante un conflicto de derechos de distinta naturaleza (propiedad del tercerista versus un derecho personal del acreedor que trabó el embargo). Por lo que, sería de aplicación el segundo párrafo del art. 2022° del CC, que nos remite a las reglas del derecho común –como una excepción a la regla de preferencia basada en el registro⁴⁷– para resolver el conflicto. Se sostiene, entonces, que el inmueble debe ser desafectado, porque pertenece a un tercero, ajeno a la deuda, que lo adquirió antes de la inscripción del embargo según el régimen del consenso translativo prescrito en el art. 949° del CC; lo que significa que vencería la propiedad no inscrita⁴⁸ dejándose sin efecto (es

⁴⁶ Entre los pronunciamientos que entienden que la propiedad por ser un derecho real prevalece sobre el embargo por ser este último un derecho personal tenemos, entre otras: CAS. N° 3800-2002-Arequipa (publicada en *El Peruano*, el 30/11/2003); CAS. N° 1394-2002 LIMA, CAS. N° 3030-2002 LIMA (publicada en *El Peruano*, el 31/01/2003); CAS. N° 62-01 (publicada en *El Peruano*, el 31/08/2001); CAS. N° 3194-2002-LA LIBERTAD (publicada en *El Peruano*, el 01/09/2003); CAS. N° 2503-99-LIMA; CAS. N° 2061-2000-LAMBAYEQUE (publicada en *El Peruano*, el 01/03/2001); y, CAS. N° 528-2006 JUNIN. Asimismo, la posición minoritaria que sostiene fundamentalmente que prevalece el embargo porque se basa en la confianza y muchas veces en la buena fe pública registral, ha sido sostenida en los siguientes pronunciamientos, entre otros: CAS. N° 403-2001-PIURA (publicado en *El Peruano*, el 31/05/2002); CAS. N° 1931-LAMBAYEQUE; y, CAS. N° 3711-2000-CALLAO (publicado en *El Peruano*, el 02/02/2002).

⁴⁷ En este sentido, Gunter H. Gonzales Barrón sostiene que: “El registro constituye el criterio de preferencia para dirimir derechos incompatibles sobre el mismo bien, y por lo cual el primero en la inscripción se opone frente al que no lo inscribe. (...) No obstante, el legislador quiso establecer excepciones a este principio, y por ello consagró en el segundo párrafo del artículo 2022° una típica oración adversativa (...). Pues bien si el segundo párrafo del art. 2022° del CC constituye una oración adversativa con respecto al registro sólo cabe admitir que la fórmula de solución de conflictos en determinados casos excepcionales es la regla técnica que no contempla el registro, y esa no es otra que la antigüedad del título o del contrato de enajenación”: GONZALES BARRÓN, Gunter H. “Propiedad no inscrita vs. Embargo inscrito: El legislador procesal acaba de rectificar la solución dada por el Código Civil (algunas notas en respuesta a cierta clase de teóricos)”. En *Actualidad Jurídica*, N° 176, p. 63-64.

⁴⁸ Sobre el particular resulta ilustrativo lo resuelto en la CAS. N° 2236-99-LA LIBERTAD, publicada en *El Peruano* el 15/01/2000, en la cual se lee: “Tercero: Que, por lo expresado, los derechos que se discuten son de distinta naturaleza, el derecho de propiedad que reclama el tercerista es un derecho real, en tanto que el banco ejecutante es personal –embargo inscrito– y en ese sentido, no obstante que la Sala Superior acierta en el fallo existe error en la motivación cuando sostiene que no es aplicable al caso el artículo 2022° del Código Civil; siendo todo lo contrario porque esta norma, específicamente en su segunda parte, es pertinente para definir el conflicto de intereses”.

decir, levantándose) la medida cautelar de embargo⁴⁹. Pero lo que resulta evidente es que el crédito, sin el embargo, sigue existiendo.

Pero, no vamos a encontrar conflicto de derechos en los casos de concurso entre la propiedad no inscrita y la hipoteca constituida por el propietario anterior que en el registro aún figura como titular del derecho. Toda vez que ambos derechos tienen un contenido distinto pudiendo coexistir sin excluirse, al estar destinado su ejercicio a manifestarse, en orden al inmueble, con modalidades distintas. Donde el ordenamiento ha establecido una clara regla de subordinación de la propiedad frente a la hipoteca. En este contexto, tendremos –en todo caso- un conflicto de intereses entre el propietario que no querrá que su patrimonio sea agredido por una deuda ajena y el del acreedor hipotecario ejecutante que quiere satisfacer su derecho con el inmueble garantizado. Aquí, el acreedor que de buena fe adquirió a título oneroso el derecho de garantía, de quien figuraba en el registro como su propietario, lo conservará pese a que ese inmueble, extra registralmente, ya no pertenecía al constituyente de la garantía. Esto porque para validez de la hipoteca solamente se requiere que lo constituya quien está autorizado por ley (inc. 1 del art. 1099° CC) y, en este caso, es el titular registral del derecho (art. 2014° CC), por lo que válidamente constituida la garantía, esta da derecho a la persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado (art. 1097° CC). Así, el propietario con derecho no inscrito será propietario para todos los efectos, pero su derecho estará subordinado a la hipoteca válidamente constituida e inscrita. No sería admisible, entonces, que mediante una tercería preferente de dominio, promovida por el propietario no inscrito, se pretenda dejar sin efecto una

⁴⁹ Esta fue precisamente, una de las conclusiones a las que arribó el Pleno Jurisdiccional Nacional realizado en Lima el 06 y 07 de junio de 2008, donde se adoptó por mayoría (66 votos contra 18) el siguiente acuerdo: *“El pronunciamiento de fondo frente a una demanda de tercería admitida contra una medida cautelar inscrita en el registro debe ser el siguiente: ‘El derecho de propiedad otorga a su titular el poder jurídico de usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien; es oponible a todos y no requiere de inscripción en los registros públicos para surtir efectos frente a terceros; por lo que prevalece sobre cualquier derecho de crédito que pretenda afectarlo’”*.

hipoteca, máxime si las normas antes citadas claramente establecen un criterio de subordinación entre ambos derechos (prefiriéndose a la hipoteca)⁵⁰.

Tampoco existe conflicto de derechos en el caso de concurrencia de acreedores sobre bienes inmuebles previsto en el art. 1135° de CC, en la hipótesis en la que el propietario por medio de actos sucesivos, enajenó la propiedad de un mismo inmueble primero a un sujeto y luego a otro. Sobre el particular cabe acotar que algunas decisiones judiciales⁵¹ han señalado, que el 1135° se restringiría solamente a aquellas hipótesis de contratos que creen una obligación de dar, mas no para los casos de pluralidad de propietarios que se regula por las normas de derechos reales y registros públicos⁵². Sin embargo,

⁵⁰ A mayor abundamiento, cabe mencionar que actualmente el art. 533° del CPC, modificado por el Artículo Único del Decreto Legislativo N° 1069, publicado el 28 junio 2008, textualmente prescribe que la tercería puede fundarse en la propiedad de bienes afectados con garantías reales, sólo cuando el derecho del tercerista se encuentra inscrito con anterioridad a dicha afectación, es decir, para los casos residuales de duplicidad de partidas y error registral en la inscripción, donde ambos derechos estén inscritos y recaigan sobre un mismo inmueble. Solamente en este caso, si la propiedad del tercerista está inscrita antes de la hipoteca, podrá admitirse y declararse fundada la tercería dejando sin efecto la garantía real.

⁵¹ En la CAS. N° 433-99-LIMA, publicada en El Peruano el 21 de de enero de 2000, se lee que “[l]a sección primera del libro sexto de Código Civil regula las obligaciones en general, debiendo entenderse que el artículo 1135° desde una perspectiva exclusivamente obligacional regula la hipótesis de que el deudor se hubiera obligado entregar un mismo inmueble a diversos acreedores como consecuencia de una obligación de dar, la cual puede surgir por ejemplo mediante contrato de compraventa, donación, arrendamiento, o en virtud a la ley; por lo tanto la citada norma **solamente establece una solución obligacional al caso de concurso de acreedores, debiendo entenderse que los casos de pluralidad de propietarios se regula por las normas contenidas en los libros de derechos reales y registros públicos**” (evidenciado nuestro). En este mismo sentido, la CAS. N° 1035-2002-CALLAO.

⁵² Sin embargo, consideramos que esta interpretación es incorrecta, toda vez, que una norma no limita sus efectos por la sección del Código Civil en la que se encuentre. De otro lado, de una interpretación sistemática de nuestro ordenamiento civil, tenemos que el caso de las ventas múltiples de inmuebles no inscritos, la única regla aplicable resulta ser el art. 1135° (donde prevalecería el derecho derivado del título de fecha cierta más antiguo siempre que medie buena fe, criterio que fue sostenido en la CAS. N° 1953-2007 LIMA), así como en el caso, de aquellos inmuebles inmatriculados, donde la regla del 2014° no resultaría aplicable, toda vez que el acreedor que inscribe no es un tercero que adquiere del anterior titular registral, ya que el inmueble no estaba registrado. A mayor abundamiento, en la mayor parte de casos de concurrencia de acreedores sobre inmuebles, uno de ellos ya es poseedor del mismo, por lo que, en estrictos términos, el deudor no ya puede entregar el bien. En estos casos, la posesión pasa a un segundo plano con respecto a la determinación de la titularidad sobre el derecho, que es la controversia principal que se dilucida en juicio. Esta razón ha llevado a sostener a algún autor que: “La determinación del sujeto que va a ser preferido en la concurrencia para gozar el derecho reclamado, es el objetivo central de las normas de concurrencia. A modo de ejemplo, podemos decir que en muchos casos, el sujeto preferido en la concurrencia ya tiene en sus

desde nuestra perspectiva el art. 1135° CC también puede ser utilizado, y ha sido usado en la jurisprudencia⁵³, como la regla que aporta los criterios para determinar quien ostenta la titularidad de un derecho de propiedad - complementariamente con el art. 2022° para los inmuebles inscritos⁵⁴- en los casos de múltiples enajenaciones. Esto ha sido señalado desde hace mucho tiempo, inclusive durante la vigencia del Código Civil de 1936, tal como da cuenta de ello José León Barandiaran⁵⁵, para quien los efectos de este tipo de norma no se agotan solamente en los contratos cuyo fin sea la transmisión del dominio, sino que su radio de aplicación es mucho más amplio.

Ahora bien, como correctamente sostiene una autorizada doctrina italiana, en los casos de ventas múltiples sobre un mismo bien inmueble, “no se crea, respecto del bien, un conflicto de derechos (de propiedad). Aquí, en efecto, la calidad de propietario debería corresponder únicamente, conforme al art. 1376° [del Código Civil italiano], a quien la adquirió primero, de modo que el adquirente con base a un título posterior resulte causahabiente de persona

manos el bien, por lo tanto no necesita principalmente que el Derecho le diga que tal posesión es conforme a ley –lo que sin duda es relevante-, sino que necesita por sobre todo que el Derecho le garantice un uso exclusivo de su derecho, por encima de los restantes acreedores; esta es, a nuestro criterio, la función central de las normas de concurrencia de acreedores en nuestro ordenamiento jurídico”: HERNANDEZ GAZZO, Juan Luis. “Reflexiones para una propuesta en materia de concurrencia de acreedores”. En *Ius et Veritas*, Núm. 7, 1993, p. 187.

⁵³ Así tenemos, entre otras, las siguientes casaciones: CAS. N° 217-95-AREQUIPA; CAS. N° 2632-99-CALLAO; CAS. N° 627-97-LIMA, publicada en *El Peruano* el 15 de octubre de 1998; CAS. N° 1779-2003 ICA, así como la CAS. N° 1953-2007 LIMA.

⁵⁴ En este sentido, en la CAS. N° 1779-2003 ICA, se sostiene que los arts. 2022° y 1135° resultan complementarios, toda vez que un derecho real inscrito no puede prevalecer sobre otro si es que se actuó de mala fe. Así en el considerando Sexto de esta casación se afirma que “si bien parecería que en aplicación del artículo 2022 del Código Civil el derecho preferente le correspondería en apariencia a la recurrente, existe sin embargo un hecho cierto, que en aplicación del artículo 1135° del código acotado, la recurrente no actuó de buena fe al ocultar la existencia de un proceso judicial previo por prescripción adquisitiva de dominio así como que su esposo pre muerto ejercía la posesión del bien en calidad de inquilino y no de propietario”.

⁵⁵ En efecto, José León Barandiaran expresó con respecto al comentario del art. 1174° del CC de 1936 (que regulaba la concurrencia de acreedores sobre inmuebles) lo siguiente: “el artículo 1174 se aplica no exclusivamente a las obligaciones de dar cuyo fin sea la transmisión de dominio, sino también a aquellas que importen transferencia de uso (ejemplo, el arrendamiento)”: LEÓN BARANDIARAN, José. *Comentarios al Código Civil Peruano: Obligaciones*. Tomo II. Buenos Aires: Ediar Soc. Anon. Editores, 1956. p. 30.

entonces (teniendo presente el acto anterior de transferencia) no legitimada para disponer del bien (*non dominus*). De manera que el segundo adquirente no podrá adquirir propiamente nada. Y, sin embargo, el conflicto de intereses que se determina en concreto entre los varios adquirentes de un mismo autor, viene a ser resuelto por la ley en forma diferente, asignando la propiedad inmueble (y en cuanto concierne a los bienes muebles, cfr. Art. 1155), no ya a aquel cuyo título tiene una fecha anterior, sino a quien logró de primero la transcripción del acto adquisitivo (art. 2644), sea él el primer adquirente (caso en el que su posición se hace inexpugnable) o sea el segundo. Pero incluso en este último caso, no habría coexistencia de dos derechos de propiedad, sobre un mismo bien y prevalencia (en virtud de la prioridad de la transcripción) del segundo sobre el primero, sino extinción del primero o como consecuencia del comienzo de la existencia del segundo. Cuya adquisición, como se anotó, se realiza (sustancialmente, si no, a lo menos en apariencia, formalmente) a título originario en virtud de un supuesto de hecho adquisitivo complejo, cuyos elementos están constituidos por el contrato (así, en el caso sea ineficaz en cuanto estipulado con el *non dominus*) y la prioridad en la transcripción. Por lo cual no hay un solo momento en el que los dos derechos coexistan y puedan, por lo tanto, entrar en conflicto⁵⁶.

Algo analogo ocurre en la concurrencia de cesionarios, regulada el art. 27° de la Ley de la Garantía Mobiliaria (en adelante LGM), la cual ha dispuesto un propio efecto adquisitivo a favor de de quien inscribe primero su contrato de cesión el Registro Mobiliario de Contratos o en el registro correspondiente, inclusive, si es que aún no ha sido comunicado o aceptado por el deudor cedido o si el crédito ya ha sido cedido con anterioridad (es decir, pasando por alto la regla de oponibilidad de la cesión prevista en el art. 1215° del CC). Lo cual estudiaremos más adelante.

3.6. Criterios de preferencia en relación al efecto transmisivo

⁵⁶ BRECCIA Umberto, LINA BIGLIAZZI Geri, NATOLI Ugo y BUSNELLI, Francesco D. *Derecho civil: Normas, sujetos y relación jurídica*. Ob. Cit., p. 484.

3.6.1. ¿Es necesaria a buena fe del cesionario preferido?

La concurrencia de cesionarios tiene como premisa o antecedente las cesiones múltiples que un mismo cedente ha realizado sobre un mismo crédito, razón por la cual dos o más sujetos reclamarán la titularidad de un mismo crédito en base a títulos transmisivos diferentes e incompatibles. Esta circunstancia conflictiva, ha sido resuelta por el art. 27° de la LGM en base a un mecanismo de elección o preferencia, consistente en que el cesionario preferido será quien primero inscriba su contrato de cesión, por sobre quien simplemente lo haya notificado al deudor cedido, sin preverse ninguna disposición legal que proteja los legítimos intereses de este último sujeto.

Debe recordarse, entonces, que quien comunicó primero la cesión asumió automáticamente la posición de acreedor pero después será despojado de esta titularidad por el segundo cesionario, como consecuencia del cumplimiento de una mera formalidad, a saber: la inscripción registral. Sin embargo, ¿qué sucedería si quien contrató en segundo lugar sabía (o pudo saber aplicando un mínimo de diligencia) de la existencia de un cesionario anterior que ya era titular del crédito y será despojado del mismo por un acto celebrado por el mismo cedente o cuyo proceso adquisitivo se verá frustrado. Es decir, ¿Es admisible proteger la posición del segundo cesionario que actuó de mala fe, solo porque inscribió primero?

El art. 27° de la LGM no considera entre sus mecanismos de preferencia, para elegir al adquirente del crédito, entre dos o más cesionarios, a la buena fe. Entendida esta buena fe como el legítimo desconocimiento de que el crédito pertenecía a un sujeto distinto de quien pretendía transferirlo o se encontraba en marcha un proceso adquisitivo sobre ese mismo objeto a favor de un sujeto distinto. En efecto, formalmente el requisito de la buena fe del cesionario elegido no está previsto en el enunciado normativo del art. 27° en cuestión, como si lo está en otros supuestos donde se adquiere un derecho sacrificando a su titular real, tales como la concurrencia de acreedores sobre bienes

inmuebles (Art. 1135 ° CC), las adquisiciones a non domino de bienes muebles (Art. 948° CC), las adquisiciones derivadas de la publicidad registral (Art. 2014° CC), las adquisiciones derivadas de un heredero aparente (Art. 665° CC), entre otras. Así como también en aquellos casos de conflictos de derechos de goce donde se elige a un acreedor para ser beneficiado con la ejecución de la prestación, tales como la concurrencia de acreedores sobre bienes muebles (Art. 1136° CC) y la concurrencia de arrendatarios (art. 1670° CC).

Esta “omisión” del legislador nos podría inducir a sostener, no sin un exceso de formalismo, que no sería parte del supuesto de hecho adquisitivo del crédito, previsto en el art. 27° de la LGM, el requisito de la buena fe. Bastando, solamente, que el cesionario preferido inscriba su contrato de cesión para que se genere el efecto adquisitivo sin importar ninguna consideración adicional. Aunque, asumir esta posición nos llevaría a proteger los intereses de quien contrató, sabiendo (o pudiendo saber aplicando un mínimo de diligencia), que el titular del derecho era una persona distinta al cedente, y consolidar una adquisición de mala fe que originalmente era ineficaz en perjuicio del titular real del derecho. Lo cual no parece ni ético, ni justo, aunque podría ser ¿legal?⁵⁷.

Desde nuestra perspectiva todos los supuestos adquisitivos de derechos en los cuales se despoja al verdadero titular, son excepcionales y están pensados para proteger la posición de un tercero que actuó de buena fe. Así, por ejemplo en la adquisición a non domino de bienes muebles (art. 948° CC⁵⁸),

⁵⁷ Un dilema similar existió en España con respecto a la buena fe que debía exigírsele al comprador preferido en los supuestos de doble venta inmobiliaria regulada en el art. 1413°, 2 del CC español, en el cual se omite la referencia a la buena fe del adquirente elegido. Sobre el particular Tomás Rubio Garrido llega a afirmar que: “Aquí libran batalla los principios formalistas y las exigencias de una mayor ética sustancial, en el contexto de una circulación jurídica que ha visto mutar profundamente su faz en los últimos tiempos”: RUBIO GARRIDO, Tomás. *La doble venta y la doble disposición*. Barcelona: J. Mª Bosch Editor S.A., 1994, p. 55.

⁵⁸ Sobre esta norma en sede nacional, Gunther Gonzales sostiene lúcidamente que: “Por otro lado, la posesión puede también constituirse en mecanismo de adquisición de bienes muebles ajenos (función legitimante) cuando se trata de proteger la confianza de un tercero basada en la apariencia socialmente significativa, y en donde se exigen otros requisitos adicionales a la sola posesión, como es el caso específico del título y la buena fe. En esta segunda hipótesis estaremos en presencia de la denominada TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD MUEBLE A ‘NON DOMINO’. En efecto, el art. 948 de nuestro Código Civil y

al negocio traslativo inicialmente ineficaz, por falta de legitimidad del enajenante, se le agregan como elementos del supuesto de hecho la entrega de la cosa (“recepción de la posesión”) y la buena fe del adquirente⁵⁹. Esto mismo sucede, con las adquisiciones derivadas de la publicidad registral (art. 2014° del CC), donde el adquirente conserva la titularidad sobre el derecho a pesar que su transferente la haya perdido o nunca la haya tenido, siempre y cuando haya actuado de buena fe⁶⁰. Así también, la acción reivindicatoria contra el tercero que adquirió los bienes de la masa hereditaria de quien no era el heredero, pero aparentaba serlo, (art. 665° CC) encuentra un límite impenetrable en la buena fe del adquirente, frente a quien no procede la acción⁶¹. Lo mismo sucede en la denominada concurrencia de acreedores, donde el elegido para ver realizado su derecho de crédito con la entrega del bien (art. 1136° CC) o con la asignación de la titularidad de un derecho de propiedad sobre un bien inmueble

siguiendo una regla común en distintas legislaciones, establece un supuesto de adquisición de la propiedad contra el consentimiento del verdadero propietario”: GONZALES BARRÓN, Gunther Hernán. *Derechos reales*. Primera Edición. Lima: Jurista Editores, 2005, p. 733.

⁵⁹ Refiriéndose al art. 1153° del *Codice civile*, que regula un supuesto de hecho equivalente al art. 948° de nuestro Código nacional, Angelo Falzea afirma lo siguiente: “En las adquisiciones *a non domino*, en cambio se constituye una nueva *fattispecie* jurídica, de la cual el negocio traslativo –de por sí incapaz de tener algún efecto jurídico, por defecto de legitimación– constituye un elemento necesario, pero del todo insuficiente, por que debe ser complementado por la entrega de la cosa y la buena fe del adquirente”: FALZEA, Angelo. “El principio jurídico de la apariencia”. En *Derecho PUCP*. Núm. 59, 2007, p. 189.

⁶⁰ En este sentido, sobre el elemento subjetivo del adquirente Gunther Gonzales afirma: “El registro es un instrumento técnico de publicidad, que nace para divulgar los derechos oponibles; crea, por tanto, una verdad formal al margen de su correspondencia con la realidad material, precisamente para asegurar el tráfico sobre los inmuebles y tutelar al adquirente. Ahí está su destino y ahí está el límite intrínseco de su protección. Para sacrificar el derecho válido de un titular que en principio carecía de preferencia, parece necesario exigir a dicho beneficiario ser persona honesta, no fraudulenta ni aprovechada. EL FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN DEL TERCERO ESTÁ EN SU BUENA FE. De otro modo, el Registro, nacido para frenar la mala fe y favorecer la confianza del tráfico, se convertiría en un mecanismo amparador del fraude y de la injusticia”: GONZALES BARRÓN, Gunther Hernán. “Estudio preliminar sobre el derecho inmobiliario registral en el Perú”. En *Derecho registral inmobiliario* de José Antonio Álvarez Caperochipi. 3ra. Edición, 1ra. en el Perú. Lima: Jurista Editores, 2010, pp. 132-133.

⁶¹ De acuerdo a Falzea: “(...) la apariencia hace gravitar la *fattispecie* del acto o negocio en la protección y en la posición jurídica del tercero de buena fe y en la legitimación de este (...) el efecto de la adquisición del heredero aparente no se deriva de la legitimación de este para transferir el derecho hereditario, sino únicamente de la legitimación del adquirente de buena fe, motivo por el cual es más apropiado hablar, para esta última hipótesis, de una mutación jurídica de sucesión, y no de una transferencia”: FALZEA, Angelo. “El principio jurídico de la apariencia”. Ob. Cit., p. 196.

(1135° CC), primero deberá cumplirse con el requisito de la buena fe⁶², precisamente porque todo este sistema de preferencias tiene como presupuesto la buena fe de los acreedores⁶³.

En todos los supuestos antes descritos, la buena fe no es utilizada como un principio general, sino que se integra a los diferentes supuestos de hecho normativos como parte de su estructura, con la finalidad de favorecer a los actos en los que está presente y otorgarles unos efectos jurídicos que de otra manera no podría alcanzar o más amplios de los que alcanzaría. Así, la buena fe en estos casos se concretiza como una circunstancia en la que el sujeto ignora el carácter ilícito de su acto o la contraversión del ordenamiento jurídico que con su acto se lleva a cabo, porque se encuentra en un estado de legítima ignorancia o error excusable.

En este sentido, estrictamente subjetivo, la buena fe puede ser evaluada a nivel de las representaciones mentales o creencias del sujeto, lo que podría denominarse *concepción psicológica*.

Pero, también, puede asumirse una *concepción ética*, que opera en virtud de un error o de una situación de ignorancia que no es merecedor de la protección –o de la exoneración de la sanción- que se otorga al de buena fe, si su comportamiento no es valorado como el más adecuado conforme a la diligencia socialmente exigible. Por esto, habrá que investigar la medida en que fue o no culpable de su error o de su ignorancia. En esta segunda concepción,

⁶² “Por ello a la pregunta de por qué se prefiere en la concurrencia de acreedores sobre un mismo bien inmueble al adquirente que inscribe con buena fe, respondemos que dicha prelación se otorga sobre la base de la noción de seguridad jurídica que tutela el derecho: Entre sucesivos adquirentes, se prefiere a aquel que encarna la noción de seguridad jurídica que no es otro que el adquirente de buena fe: aquel que creyó (buena fe creencia) en la legitimidad de su adquisición, sea por ignorancia o por error”: FERNANDEZ Cruz, Gastón. “La buena fe en la concurrencia sobre bienes muebles.” En *Derecho PUCP*. Núm. 41, 1987, p. 195.

⁶³ “A la base de todo este sistema de preferencias en nuestro Código Civil, se encuentra como presupuesto la buena fe de los acreedores. Por lo tanto, pese a que un determinado acreedor puede detentar en la concurrencia el mecanismo de preferencia mayor, si no tiene buena fe no podrá ser preferido para el ejercicio exclusivo del derecho pretendido.” HERNANDEZ GAZO, Juan Luis. “Reflexiones para una propuesta en materia de concurrencia de acreedores”. En *Ius et veritas*, Núm. 7, 1993. p. 186-187.

la buena fe se funda en un error o una ignorancia que sean estrictamente no culpables o excusables. “Habrá entonces que analizar la medida en que el sujeto operó con la diligencia normalmente exigible en esa dada situación y dilucidar si con esa diligencia el error pudo y aún debió desvanecerse”⁶⁴.

De cualquier modo, la *buena fe en su sentido subjetivo*, facilita una legitimación o configura una titularidad con base a aquella conducta, valorando la intención del sujeto o su creencia o error⁶⁵, por lo que se configura como una exigencia subjetiva para que surjan determinados derechos⁶⁶.

Esto la distingue claramente de la *buena fe en sentido objetivo*⁶⁷, que se manifiesta como una actitud ética durante el ejercicio de los derechos (y que ha encontrado una precisa expresión normativa en el art. 1362° CC).

La buena fe en sentido subjetivo es, entonces, *la creencia errónea generada en la ignorancia del derecho ajeno que excluye del comportamiento del sujeto todo carácter antijurídico imputable*⁶⁸, pero legítima ignorancia, esto es, tal, que con el uso de la normal diligencia no hubiera podido ser superada⁶⁹.

⁶⁴ DIEZ-PICAZO, Luis. “Prólogo”. En WIEACKER Franz. *El principio general de la buena fe*. Madrid: Editorial Civitas, 1982, pp. 14–15.

⁶⁵ DE LOS MOZOS, José Luis. *Derecho civil: método, sistemas y categorías jurídicas*. Primera Edición. Editorial Civitas, 1988, p.. 230.

⁶⁶ ESPIN CANOVAS, D. *Manual de derecho civil español*. Tomo I. 4ta. Edición. Madrid, 1974, p. 471.

⁶⁷ Sobre el particular José Luis de los Mozos sostiene que “la llamada buena fe objetiva actúa sobre el contenido de la relación jurídica, nacida de la obligación, en particular, o del negocio en general, se manifiesta en todos los aspectos de su vida, cobrando sobre todo interés en el más típico de todos ellos, en su cumplimiento, es decir, en la actuación de sus efectos jurídicos”: DE LOS MOZOS, José Luis. *El principio de la buena fe: sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1965, p. 49.

⁶⁸ DE LOS MOZOS, José Luis. *El principio de la buena fe: sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español*. Ob. Cit., p. 59.

⁶⁹ Sobre el particular Betti coincide en que: “La buona fede deve essere ignoranza, ma anche legittima ignoranza, cioè tale che con l’uso della normale diligenza non avrebbe potuto essere superata”: BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè Editore, 1953, p. 72.

Ahora bien, de estar ausente la buena fe, en todos los supuestos de aplicación que hemos mencionado, simplemente el acto sería antijurídico, como correctamente sostiene De los Mozos, en los siguientes términos: “En todos los supuestos de aplicación, se trata de una conducta o más bien de un acto, que de no mediar la buena fe sería antijurídico o irregular.”⁷⁰ Esto precisamente, porque si se celebra un acto jurídico con la intención o con el conocimiento, por parte de los contratantes que se va a despojar ilegítimamente de un derecho a una tercera persona, este acto no merece protección jurídica precisamente porque la intención práctica perseguida –que es el núcleo de la causa del contrato- deviene en ilícito. Solo la creencia errónea del derecho ajeno lesionado, es decir la presencia de buena fe, excluiría esta calificación que de otro revestiría⁷¹.

El carácter antijurídico del acto que lesiona un derecho ajeno, cuando el beneficiario del mismo actuó sin buena fe, también se manifiesta en el caso de la concurrencia de cesionarios, precisamente en aquel sujeto que a través de una formalidad, como es la inscripción, pretende despojar del crédito a un anterior cesionario que ya lo adquirió o cuyo proceso adquisitivo estaba en formación. En estos casos, si el cesionario inscrito no se encuentra en un estado de legítima ignorancia con respecto al conocimiento de las transferencias realizadas con anterioridad por el cedente, es decir, si conocía o pudo haber conocido aplicando una diligencia ordinaria, de acuerdo a las circunstancias, que ese crédito había sido objeto de otro acto de cesión previo. Simplemente su acto es antijurídico y, por lo tanto, inválido al tener una causa

⁷⁰ DE LOS MOZOS, José Luis. *El principio de la buena fe: sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español*. Ob. Cit., p. 58.

⁷¹ En este sentido Betti sostiene que “la buona fede cioè la errónea credenza ingenerata dall’ignoranza del diritto altrui, esclude nel comportamento del consociato quel carattere di torto, quel carattere di “inuria”, che esso altrimenti rivestirebbe”: BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Ob. Cit., p. 72.

ilícita. Esto, esencialmente, porque el obrar de buena fe es un principio general del ordenamiento jurídico que impone un deber de obrar conforme a él⁷².

En este mismo sentido, para la doctrina francesa, cuando el segundo cesionario actúa a sabiendas de la existencia de un acto dispositivo anterior, su acuerdo de cesión será nulo, en aplicación del principio *fraus omnia corrumpit*: “[e]l acto fraudulento, cometido gracias al conocimiento de la cesión no notificada ni aceptada y con el propósito de desvirtuarla, se considera nulo y la cesión adquiere toda su eficacia respecto al autor del fraude. El segundo cesionario que, en connivencia con el cedente, trata de privar al primero de los beneficios de su adquisición, ve anularse su propia adquisición y con ello la primera le es oponible. Así, el conocimiento de hecho aprovechado en caso de fraude, suple las formas exigidas, pero únicamente en consideración del fraude y a título de sanción”⁷³.

En consecuencia, concluimos que, aunque la buena fe no ha sido considerada como uno de los elementos constitutivos del supuesto de hecho del art. 27° de la LGM, el acto de cesión celebrado por un cesionario que actúe de mala fe simplemente será inválido, al perseguir una finalidad práctica ilícita, consistente en despojar de un derecho a un tercero. Siendo la sanción de invalidez, la de nulidad por la causal prevista en el inciso 4. del art. 219° CC. Razón por la cual, un cesionario con un título inválido no puede reclamar a favor

⁷² Esta posición es sostenida, por Delia Matilde Ferreira Rubio, en los siguientes términos: “Para proceder con absoluto rigor deberíamos fijar primero qué entendemos por juridicidad y por antijuridicidad. Si se entiende por esto último la violación de la normatividad jurídica positiva, procedemos a igual antijuridicidad con ilicitud. A nuestro juicio, la condición de un acto jurídico reside en su contradicción con la totalidad del orden jurídico; el acto o la conducta contraria a la buena fe es antijurídico, por que el ordenamiento impone obrar conforme al principio en general. (...) Tenemos, pues, un comportamiento disvalioso y antijurídico. ¿Cuáles son las consecuencias generadas? El derecho no permanece indiferente a estos actos, pero la reacción es diversa, según que haya o no una positivización de la exigencia de la buena fe. En aquellos ordenamientos en que falta, consecuencia será la exclusión de quien incumpla el deber genérico otorgado a quien lo acate. Aún los cuerpos legales que carecen de norma general de imposición de la buena fe, pueden encontrarse ejemplos concretos de actuación de mala fe y sus correspondientes consecuencias”: FERREIRA RUBIO, Delia Matilde. *La buena fe: El principio general del derecho civil*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1984, pp. 240–241.

⁷³ PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. *Tratado práctico de derecho civil francés*. Ob. Cit., pp. 442–443.

de si mismo ningún efecto adquisitivo, ni de ninguna otra índole, aunque haya inscrito primero su contrato de cesión.

3.6.2. La inscripción de la cesión sobre créditos y sus efectos

Como se ha explicado en secciones anteriores, el cesionario adquirirá el derecho de crédito cuando se haya cumplido con uno de los procedimientos legales prescritos en el art. 1215º CC (a saber, la comunicación fehaciente al deudor o su aceptación). Entonces, una vez que la cesión ha alcanzado eficacia el crédito ha circulado de la esfera patrimonial del cedente a la del cesionario. Esto significa, que a partir de este momento el cesionario será el titular del derecho de crédito y el único legitimado para disponer de él (es decir, transferirlo, gravarlo o extinguirlo).

Sin embargo, si bien lo descrito en el párrafo anterior constituye de manera muy sintética el modo para la transferencia de las situaciones jurídicas crediticias, la LGM ha creado un sistema paralelo para la adquisición de los derechos que recaigan sobre el crédito (y demás activos incluidos en la categoría jurídica de bienes muebles).

En efecto, la LGM distingue entre eficacia relativa y absoluta del acto constitutivo del derecho de garantía. El primero alude a los efectos que alcanzan a las partes que han intervenido en el formación del acto (eficacia relativa), mientras que la eficacia absoluta implica que los efectos del acto sean oponibles frente a todos (eficacia absoluta) y que únicamente se alcanza cuando el acto es publicitado a través de su inscripción en los registros públicos (es decir, utilizando un mecanismo de publicidad jurídica que genera una presunción general de conocimiento).

Si bien la idea es bastante sencilla y muy conocida, a saber, la utilización de un registro de seguridad jurídica⁷⁴ como mecanismo de publicidad legal y

⁷⁴ Según ALIGA HUARIPATA: “Los “registros de seguridad jurídica” presentan como características esenciales, la existencia de un control de legalidad o calificación, conexión entre

oponibilidad absoluta de los efectos del acto inscrito frente a cualquier tercero, resulta sumamente cuestionable que este sistema sea el más adecuado para lograr un eficiente tráfico comercial y jurídico de todos los derechos que recaen sobre bienes muebles, los cuales han tenido desde hace ya mucho tiempo mecanismos adecuados a su particular naturaleza (por ejemplo, el sistema del título y el modo –entrega- para los bienes muebles prescrito en el art. 947⁷⁵ CC, sustrayendo de este grupo a los bienes muebles fácilmente identificables e individualizables a través de un registro especial -como vehículos automotrices, naves y aeronaves, buques etc.- y finalmente el régimen de transferencia de los derechos de crédito regulado en los arts. 1206º al 1216º CC).

Ahora bien, es de verse que la LGM ha prescrito un régimen especial para la eficacia, en general, de los principales actos de disposición sobre el crédito (entre los que está incluida la cesión). Así, en principio, el registro del acto de disposición no constituye el derecho, por lo que sigue siendo un registro meramente declarativo, pero también es cierto que es el único mecanismo que asegura la plena oponibilidad (eficacia) de la adquisición frente a todos los sujetos de la comunidad (de conformidad al art. 37º LGM).

Como se ha señalado, la LGM distingue entre eficacia relativa y absoluta del acto que es inscrito. El primero alude a que los efectos alcanzan únicamente a las partes que han intervenido en el formación del acto (eficacia relativa), como por ejemplo, la cesión *notificada* cuyos efectos alcanzarían solamente al cedente, cesionario y al deudor cedido que ha sido notificado; mientras que la eficacia absoluta, implica que los efectos del acto sean oponibles frente a todos, es decir, se extiendan hasta terceros que no han participado de ninguna forma

los asientos registrales, carácter documental público de sus asientos, oponibilidad o eficacia de sus datos y cognoscibilidad general; a su vez los “registros de información administrativa” constituyen archivos o colecciones de datos, generalmente de uso interno de la administración con efectos estadísticos, fiscales, etc.”. ALIAGA HUARIPARA, Luis Alberto. “La Ley de la Garantía Mobiliaria peruana y sus aspectos registrales.” En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Año LXXXIII, N° 700, Marzo – Abril, 2007, p. 724.

⁷⁵ Artículo 947.- La transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente.

en el acto inscrito. Así, por ejemplo, la cesión de un crédito inscrita, alcanzaría en sus efectos al deudor cedido y a los eventuales sub adquirentes del crédito (cesionarios), quienes no han intervenido en la formación del acto de disposición. Este efecto de oponibilidad absoluta, o *erga omnes*, únicamente se alcanza cuando el acto es publicitado a través de su inscripción en los registros públicos (art. 17°, segundo párrafo, y 37° de la LGM).

Comencemos por describir el procedimiento que debe seguir un acto de cesión para ingresar a un registro de seguridad jurídica. La LGM establece como instrumento para la inscripción de las garantías mobiliarias constituidas al amparo de sus disposiciones, y otros actos (tal como la cesión de créditos), al formulario de inscripción (art. 34° de la LGM). Sin embargo, la jurisprudencia registral admite que son títulos, que también dan mérito a la inscripción de los actos antes aludidos conforme a la Ley, los siguientes: (i) el formulario registral contenido en un instrumento protocolar regulado en el artículo 1° del Decreto Supremo N° 012-2006-JUS⁷⁶; (ii) el contrato privado con firmas certificadas notarialmente, en el supuesto del artículo 176° de la Ley N° 26702 (contratos celebrados por las entidades financieras con sus clientes, siempre que su valor no exceda de las 40 UIT)⁷⁷; iii) la escritura pública; y, (v) los instrumentos administrativos o judiciales.⁷⁸

⁷⁶ “Artículo 1°.- Formulario de Inscripción.- En aplicación del artículo 34 de la Ley N° 28677 - Ley de la Garantía Mobiliaria, el instrumento notarial protocolar denominado: “Formulario de Inscripción” se sujetará a las siguientes disposiciones especiales:

- a) El instrumento público notarial se extenderá en un Registro Especial denominado “Registro Notarial de garantías y otras afectaciones sobre bienes muebles”, cuya apertura deberá ser comunicada por el Notario Público ante el Colegio de Notarios correspondiente.
- b) Para la formalización de dicho instrumento notarial bastará el simple requerimiento directo de alguna de las partes interesadas en su otorgamiento.
- c) A este instrumento público notarial le son aplicables las disposiciones establecidas por el Título II del Decreto Ley N° 26002, para los instrumentos públicos notariales protocolares.
- d) Los instrumentos notariales materia del “Registro Notarial de garantías y otras afectaciones sobre bienes muebles”, se extenderán respetando el orden de la estructura de datos de los Formularios aprobados por la SUNARP, pudiendo contener, adicionalmente, los pactos especiales que acuerden las partes contratantes.”

⁷⁷ “**Artículo 176°.- BLOQUEO REGISTRAL.** Las empresas del sistema financiero y de seguros pueden hacer uso del bloqueo registral para la inscripción de cualquier acto ante los registros que integran los Registros Públicos, siendo de aplicación, en lo que fuere pertinente, lo

Ahora bien, teniendo en cuenta que la única formalidad exigida por la ley para la validez del contrato de cesión, es que conste por escrito, cualquiera de los instrumentos mencionados en el párrafo anterior servirá para que acceda a un registro de seguridad jurídica. La transmisión de algunos créditos, que ya se encuentran vinculados a un registro jurídico, como los asegurados con garantías hipotecarias (inscritas en el Registro de Predios) u otros con garantías mobiliarias que recaen sobre bienes muebles que cuentan con un registro jurídico propio (tales como vehículos, naves, aeronaves, embarcaciones pesqueras y buques), se inscribirán en el registro jurídico de bienes correspondiente.

Lo anterior, empero, no sucede con la cesión de créditos desvinculados de todo registro jurídico, ya que en tales casos, la inscripción se practicará en el Registro Mobiliario de Contratos (RMC)⁷⁹, que es un registro en el que se inscriben las garantías mobiliarias, las medidas cautelares y los contratos de afectación que recaigan sobre bienes que no se inscriban en alguno de los

dispuesto por el Decreto Ley N°. 18278, ampliatorias y modificatorias. / Los contratos que estas empresas celebren con sus clientes, podrán extenderse en documento privado con firma legalizada notarialmente, o ser protocolizado notarialmente, los mismos que serán inscritos sin necesidad de escritura pública en el Registro Público correspondiente, salvo los contratos cuyo valor exceda de cuarenta (40) UITs, en cuyo caso sí es necesaria la escritura pública.”

⁷⁸ Esto de apreciarse del considerado N° 15 de la Resolución del Tribunal Registral N° 159-2010-SUNARP-TR-L del 04 de febrero de 2010.

⁷⁹ Sobre el RMC, Carlos Alfredo GÓMEZ ANAYA sostiene que: “Este registro ha sido creado por la Ley 28677, en él se inscribe la garantía mobiliaria, medidas cautelares y contratos de afectación sobre bienes mueble son inscritos en cualquiera de los Registros Jurídicos de Bienes que anteceden. / Es un registro de folio contractual o de afectación. Tiene la particularidad que funciona como un único diario de ámbito nacional y un régimen especial de calificación y título suficiente: / - Es de ámbito nacional, puesto que existe un solo diario donde se generan los asientos de presentación. El Registrador tiene competencia a nivel nacional para suscribir los títulos. Se ha implementado para tales efectos el SIGC (Sistema Integrado de Garantías y Contratos) / - Tiene un régimen especial de calificación; el art. 36° de la Ley 28677 ha introducido en el sistema registral peruano la calificación atenuada, en virtud de la cual el registrador limita su calificación a la información que consta en el formulario, que es título suficiente; el registrador no puede pedir el instrumento el acto causal; tampoco puede observar el título, de advertir defecto subsanable o ausencia de tracto, procederá a anotar de oficio preventivamente el título. De no presentarse el título en formulario este estará sujeto a calificación plena.” GÓMEZ ANAYA, Carlos Alfredo. “El procedimiento registral en el registro mobiliario de contratos y su vinculación en los registros jurídicos de bienes.” En *Estudios sobre la nueva Ley de la Garantías Mobiliarias Ley 28677*. Nelly Fernández del Castillo y Raúl Camacho Gálvez (compiladores). Lima: Arco Legal Editores, Primera Edición, 2006, p. 82.

Registros Jurídicos de Bienes Muebles existentes (Registro de Propiedad Vehicular, el Registro de Naves y Aeronaves, Registro de Embarcaciones Pesqueras y Buques).

Si la inscripción de la cesión se solicita en el RMC a través del formulario único (art. 34° de la LGM), la calificación del acto se sujetará al régimen de la calificación atenuada (art. 36° de la LGM), que limita al registrador a calificar, dentro de los tres primeros días del ingreso del título al diario, únicamente lo que se desprende del contenido del Formulario, la certificación notarial de las firmas y la representación invocada, de ser el caso. No podrá exigir la presentación del acto jurídico constitutivo de la cesión y, si se detecta algún defecto subsanable, no podrá observar el título, sino realizar una anotación preventiva con una vigencia de 90 días.

De solicitarse la inscripción en algún registro jurídico de bienes, la calificación es amplia, ya que el registrador verificará, adicionalmente, la adecuación del contenido del Formulario de Inscripción con los antecedentes registrales, el cumplimiento del tracto sucesivo y la inexistencia de obstáculos que emanen de la partida. También puede presentarse los documentos complementarios que resulten necesarios, incluyendo el acto jurídico constitutivo de la cesión.

Pero, si no se utiliza el formulario de inscripción para acceder al registro, sino, por ejemplo un instrumento público que incorpore el acto de cesión, la calificación del título será “plena”, independientemente del hecho de que la inscripción se practique en el RMC o en algún registro jurídico de bienes muebles, sujetándose a las reglas de calificación previstas en el Reglamento General de los Registros Públicos⁸⁰.

⁸⁰ Es importante mencionar, como acertadamente lo hace Jorge ORTIZ PASCO, que: “La calificación es tratada en el Reglamento [del RMC y su vinculación con los RJBs] como de dos clases, una Calificación Plena y otra La Calificación Atenuada y determina que la misma se aplica en función del documento rogado para calificar. Es bueno aclarar por que el Reglamento altera el orden, los actos a ser registrados en el Registro Mobiliario de Contratos (RMC)

Se debe precisar que a partir de qué momento la inscripción registral surtirá efectos, ya que entre el momento del ingreso de la solicitud de inscripción del acto de disposición y la efectiva inscripción del derecho existe un ámbito de tiempo que debe tomarse en cuenta. Este espacio temporal es, fundamentalmente, el utilizado para la calificación registral y para subsanar las eventuales observaciones que se formulen al título de inscripción. Por esta razón, la Ley ha considerado conveniente retrotraer los efectos de la inscripción registral a la fecha y hora en que se haya ingresado el Formulario correspondiente al Registro, momento a partir del cual tal inscripción goza de oponibilidad frente a terceros (de conformidad con el art. 37⁸¹ de la LGM), así como de persecutoriedad y preferencia frente a otros derechos, lo que no es otra cosa que una repetición del principio de prioridad preferente regulado en el art. IX del Título Preliminar del TUO de Reglamento General de los Registros Públicos aprobada por Resolución SUNARP N° 079-2005-SUNARP-SN)⁸².

De otro lado, y para cerrar el círculo de manera taxativa, se ha prescrito la presunción *iure et de iure* –presunción legal que no admite prueba en contrario- que la información contenida en el asiento de inscripción es conocida por todos (de acuerdo al art. 38° de la LGM)⁸³, lo que resulta nada más que una

merecen una Calificación Atenuada y los actos a ser registrados en los Registros Jurídicos de Bienes (RJBs) merecen una calificación plena, por tanto la modalidad de la calificación no se determina “solamente” por el documento que contiene el acto o el contrato a ser registrado, sino también por el tipo de registro donde concurre (por mandato de la ley) la garantía mobiliaria.” ORTIZ PASCO, Jorge. “La calificación registral en la Ley Garantía de Garantía Mobiliaria novedades, aciertos y desaciertos”. En Estudios sobre la nueva Ley de la Garantías Mobiliarias Ley 28677. Nelly Fernández del Castillo y Raúl Camacho Gálvez (compiladores). Lima: Arco Legal Editores, Primera Edición, 2006, p. 116.

⁸¹ “**Artículo 37.- Efectos de la inscripción/** Los efectos de la inscripción, efectuada directamente o a partir de una anotación preventiva que se convierta en definitiva, se retrotraen a la fecha y hora en que se haya ingresado el Formulario correspondiente al Registro, momento a partir del cual tal inscripción goza de oponibilidad frente a terceros.”

⁸² “IX. PRINCIPIO DE PRIORIDAD PREFERENTE.- Los efectos de los asientos registrales, así como la preferencia de los derechos que de estos emanan, se retrotraen a la fecha y hora del respectivo asiento de presentación, salvo disposición en contrario.”

⁸³ **Artículo 38.- Presunción de conocimiento/**La inscripción en el Registro correspondiente se presume conocida, sin admitirse prueba en contrario.

repetitiva perogrullada del principio de publicidad registral establecido en el art. 2012° CC⁸⁴.

Asimismo, con respecto a los terceros adquirentes de derechos derivados del titular registrado de un derecho de crédito o de una garantía mobiliaria sobre créditos, no le podrá ser oponible, en principio, discrepancia alguna entre la información contenida entre el acto constitutivo del derecho y el asiento de inscripción, porque siempre prevalecerá la información publicitada en éste último (según el 40° de la LGM)⁸⁵.

3.6.3. Regla de preferencia en la concurrencia de cesionarios

Entonces, tenemos que los principales actos de disposición sobre el crédito son susceptibles de ser inscritos. Además, para que el negocio de disposición alcance eficacia plena (es decir para que se transfiera o constituya el derecho no sólo contra el obligado sino contra todos) sólo se requiere de su inscripción en el registro correspondiente (el Registro Mobiliario de Contratos o un registro jurídico de bienes), toda vez que en mérito al sólo asiento de inscripción (del acto de disposición) se presume de conocimiento de todos sin admitirse prueba en contrario y prevaleciente (preferente) sobre cualquier otro acto de disposición no inscrito (aunque hubiese sido comunicado al deudor del crédito afectado).

Entonces, no importa cuántos actos de disposición sobre el crédito se hayan realizado, mientras el derecho no se haya extinguido, el cesionario que primero inscriba el acto de disposición que lo favorece adquirirá el derecho de crédito. Esta adquisición derivará del original titular (cedente) si es que todavía no se ha consumado el efecto adquisitivo de las anteriores cesiones. Pero si ya se ha consumado una transmisión relativamente eficaz, como sería de quien ha

⁸⁴ **Artículo 2012.-** Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones.

⁸⁵ **Artículo 40.- Discrepancia entre el acto inscribible y el asiento electrónico/** Si existiese discrepancia entre el acto jurídico inscribible y la información en el asiento electrónico, prevalecerá frente a terceros la información contenida en este último.

comprado un crédito y lo ha comunicado fehacientemente al deudor mediante el mecanismo de la notificación, igualmente el cesionario inscrito adquirirá el derecho no del anterior titular, sino como una consecuencia legal de inscribir su derecho en primer lugar. En este último caso se producirá un fenómeno denominado *desplazamiento* del derecho (crédito) de un cesionario a favor otro por el sólo mérito de tener inscrito su derecho.

Este último caso de desplazamiento del derecho de crédito, de alguien que ya lo había adquirido hacia otro sujeto, por el solo hecho que el segundo inscribió su derecho, es similar a lo que sucede en el caso de ventas múltiples sobre un mismo bien inmueble, ya que en la primera venta de acuerdo al art. 949º vendedor ya había transferido íntegramente la propiedad, por lo que la segunda venta sería inicialmente ineficaz (ya que el vendedor ex-propietario carece de legitimidad para volver a vender el derecho por segunda vez). Sin embargo, si esta segunda venta se inscribe, de buena fe, en los registros públicos, el segundo comprador adquirirá el derecho de propiedad, pero que se desplazará de la esfera jurídica del primer comprador y no del vendedor (quien ya había perdido su derecho).

Ahora bien, como ya se ha explicado cuando concurren múltiples actos de enajenación (cesiones) sobre un mismo crédito, el cesionario que adquirirá la titularidad sobre este derecho será el que haya inscrito primero su derecho. En defecto de la inscripción, adquirirá el derecho el primer acto de cesión que haya sido eficaz (a saber, el que primeramente haya sido comunicado al deudor). Finalmente, si todavía no existe una cesión inscrita ni notificada fehacientemente al deudor, el cesionario preferido será aquel que esgrima un título de fecha cierta más antigua, en aplicación del principio general *prior in tempore potior in jure*.

3.7. Consecuencias jurídicas de la regla de concurrencia de cesionarios

3.7.1. Efectos transmisivos: adquisiciones “a creditore” y “a non creditore”

Como ha podido apreciarse en la concurrencia de cesionarios, el art. 27° de la LGM ha dispuesto un propio efecto adquisitivo a favor de quien inscribe primero su contrato de cesión el Registro Mobiliario de Contrato (o el registro jurídico correspondiente), inclusive si es que aún no ha sido comunicado o aceptado por el deudor cedido o si el crédito ya ha sido cedido eficazmente con anterioridad. En este sentido, tendríamos claramente dos supuestos adquisitivos, uno a título derivativo y otro anómalo al que podríamos denominar una adquisición “a non creditore”. Así, teniendo como presupuesto que los diversos actos de cesión que concurren sobre el mismo crédito son válidos y eficaces en cuanto a sus efectos obligacionales, los supuestos adquisitivos se darían esencialmente en dos contextos:

- a) *A título derivativo simple*: si los actos de cesión anteriormente celebrados aun no han producido el efecto traslativo del crédito, el cesionario que inscriba, por efecto del cumplimiento de esta formalidad adquirirá directamente del cedente, a título derivativo simple.
- b) “*A non creditore*”: sin embargo, si alguna cesión anterior ha producido su efecto traslativo del derecho, sea porque alguno de los cesionarios anteriores comunicó fehacientemente el acto de disposición al deudor cedido, otro cesionario que posteriormente inscriba de buena fe su acto de cesión, será investido con la titularidad sobre el crédito, el cual derivará no del cedente –de cuyo patrimonio ya salió el crédito-, sino que *se desplazará* de la esfera del primer cesionario, como consecuencia de la formación de un supuesto de hecho adquisitivo complejo, donde el primer elemento es un título otorgado por un no acreedor, es decir una adquisición “a non creditore”.

Este último supuesto, es precisamente al que se refiere el segundo párrafo del art. 27° de la LGM, en los siguientes términos:

“La cesión inscrita en el Registro correspondiente prevalece sobre la cesión notificada al deudor cedido”.

En estos casos quien inscriba la cesión no adquirirá a título derivativo del cedente, ya que este último había perdido la titularidad y la legitimación para transmitir el derecho, sino que por la confluencia de dos elementos distintos uno sustancial (contrato de cesión) y otro formal (inscripción). Adquirirá el crédito como una consecuencia vinculada normativamente a la aparición de este supuesto de hecho complejo. Así, un contrato de cesión válido, aunque ineficaz, si es que ha sido celebrado de buena fe por el segundo cesionario, podrá tener efectos transmisivos cuando sea inscrito, perjudicando a cualquier otro cesionario que ya haya adquirido el crédito por un mecanismo distinto, aunque normalmente utilizado, como es la comunicación al deudor cedido.

Por estas razones, la adquisición que “prevalece” en aplicación del criterio de preferencia establecido en el art. 27° de la LGM, es aquella que en realidad se sustenta en un título transmisivo otorgado por quien ya no era titular del derecho de crédito (cedente), es decir, una estricta adquisición “*a non creditore*”. Que sería una variante -o sub especie- de las adquisiciones de derechos *a non dominus*, pero aplicado al derecho de crédito y no a la propiedad.

Así, se actúa un fenómeno de sucesión que presupone un acto de disposición pero no proveniente del titular o de un sujeto autorizado a actuar por él, sino de un *non dominus*, que incide sobre la posición del verdadero titular provocando en su perjuicio la pérdida del derecho. En esta hipótesis es obvio que si queremos encontrar un fenómeno de sucesión, se necesitará constatar que la norma, al valorar la posición del adquirente, se referirá no ya a la posición del disponente sino a aquella del verdadero titular y aquella se identifica con esta. La voluntad del disponente no titular es un elemento

esencial del supuesto de hecho, pero la relación sucesoria liga o afecta siempre al verdadero titular⁸⁶.

De esta forma, en la excepcional modalidad adquisitiva prevista en el art. 27° de la LGM, se está despojando del crédito al primer cesionario que, inclusive, ya comunicó fehacientemente el acto de disposición al deudor cedido, desplazando el derecho desde su esfera jurídica, hacia la del segundo cesionario con derecho inscrito. Pero, cabe aclarar que se trata del mismo derecho de crédito, toda vez que existe una identidad formal entre el derecho que tenía el primer cesionario y el que adquirirá y eventualmente ejercerá el segundo.

3.7.2. Efectos obligatorios

3.7.2.a. Posición de responsabilidad del doble cedente

a.a) Frente al cesionario preterido (no preferido) de buena fe

Como es de apreciarse en las cesiones múltiples, el cedente se halla vinculado contractualmente a todos los cesionarios que concurren para adquirir el mismo crédito. Lo cual implica que tendrá que responder por cualquier conducta que le sea imputable, por dolo o culpa, que pueda generar un daño a los cesionarios concurrentes.

Así en los casos de cesiones múltiples, la segunda o subsiguientes cesiones que interfieran el efecto adquisitivo de la cesión anteriormente celebrada, responderán a un comportamiento realizado deliberadamente (dolo)⁸⁷ o por una grave negligencia (culpa inexcusable)⁸⁸, por lo que tendrá que

⁸⁶ NICOLÒ, Rosario. "Succesione nei diritti". Ob. Cit., p. 138.

⁸⁷ Respecto a un supuesto de hecho análogo, como es el de la doble venta y que inclusive podría darse en la cesión si es que es utilizado el contrato de compra venta para transmitir un crédito (o un conjunto de esta clase de derechos), Rubio Garrido sostiene que existe una clara imputabilidad al doble vendedor, toda vez que: "Esa posición de responsabilidad del doble vendedor es diáfana, pues siempre le es imputable la insatisfacción de, por lo menos, uno de los compradores. / *More solito*, el vendedor habrá albergado mala fe

responder, en cualquier caso, por todos los daños que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación, que incluye, los que hayan podido preverse al momento de contratar y también aquellos que no lo hayan sido (como lo prescribe el tercer párrafo del art. 1321° del CC) frente al cesionario o cesionarios preteridos.

Ahora bien, en el art. 1212° CC se establece la obligación a cargo del cedente de garantizar la existencia y la exigibilidad del crédito cedido, a lo que en la doctrina se conoce como el deber de “*veritas nonimis*”. En este sentido, la norma textualmente señala:

“Artículo 1212°.- El cedente está obligado a garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido, salvo pacto distinto”.

Si bien, esta norma resulta un tanto lacónica en su redacción, en comparación, por ejemplo, del art. 1266° del *Codice Civile*⁸⁹ italiano que establece una clara delimitación de la responsabilidad del cedente si la cesión fue a título oneroso o gratuito. Esto, sin embargo, no nos impide colegir algunas consecuencias que derivarán en disfavor del cedente que ha realizado cesiones múltiples en perjuicio de uno de los cesionarios.

en su modalidad de dolo puesto que habrá vendido de nuevo con conciencia del incumplimiento que llevaba a cabo y con voluntad, pese a todo, de culminarlo (cuando no con ánimo de lucro y propósito de fraude)”: RUBIO GARRIDO, Tomás. *La doble venta y la doble disposición*. Ob. Cit., p. 120.

⁸⁸ Dentro de estos supuesto de culpa inexcusable, calzarían todos aquellos que, aun siendo un poco forzados, el acreedor cedente no haya actuado con voluntad y conocimiento de frustrar el efecto adquisitivo de uno de los contratos, tales como el de aquel que es tan desmemoriado que cede el crédito otra vez porque no recuerda haberlo hecho antes o, tal vez, algo más verosímil, como aquel que siendo heredero ignoró que el causante ya había dispuesto de un conjunto de bienes –y entre ellos el crédito- o que debe hacer frente a la actuación incontrolada de un representante o mandatario que dispuso sin su conocimiento del crédito.

⁸⁹ Art. 1266° del CC italiano: “Cuando la cesión es a título oneroso, el cedente está obligado a garantizar la existencia del crédito al tiempo de la cesión. La garantía puede ser excluida por pacto, pero el cedente queda siempre obligado por el hecho propio. / Si la cesión es a título gratuito, la garantía se debe sólo en los casos y en los límites en que la ley pone a cargo del donante la garantía por la evicción”.

En este sentido, con respecto al cesionario de buena fe que ha adquirido, como consecuencia de la inscripción de su acto de cesión, el cedente no responderá en principio, toda vez que el contrato ha sido efectivamente cumplido invistiendo con la titularidad del derecho al cesionario preferido. La responsabilidad contractual se configura fundamentalmente con respecto a aquellos cesionarios que han visto frustradas sus expectativas de adquirir el derecho, frente a los cuales el cedente debe garantizar, tanto la existencia del crédito –dentro de su patrimonio se entiende a estos efectos-, como su exigibilidad. Siendo que el pacto en contrario, al que se refiere el art. 1212° CC, no puede suprimir la responsabilidad del cedente por actos dolosos o por culpa inexcusable, como cuando transfiere dos veces el mismo crédito a distintos sujetos, frustrando con su conducta la realización de uno de ellos. En este sentido, el pacto liberatorio de responsabilidad para liberarse de la responsabilidad por doble cesión sería nulo en aplicación del art. 1328° del CC (*“Es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga”*)⁹⁰. Precisamente, porque el doble cedente al transmitir en dos o más ocasiones el mismo derecho, contraviene claramente la obligación fundamental que cada contrato de cesión impone: la de transmitir la titularidad del derecho al cesionario.

Como resulta diáfano colegir, el cedente frente al cesionario tiene la obligación de no llevar a cabo actos cualesquiera que puedan, directa o indirectamente, lesionar o menoscabar la adquisición o la posición jurídica o económica del comprador, tales como recibir la prestación del deudor cedido o volver a transmitir el derecho, ya que el cualquier caso se frustraría indefectiblemente la primera cesión. Expresándolo en términos opuestos, una

⁹⁰ Sobre el particular, refiriéndose a la doble venta, Tomas Rubio Garrido sostiene que “todo pacto incluido en una compra venta, de alcance exoneratorio para el vendedor será nulo: porque es necesario que el vendedor no se pueda sustraer, bajo ningún concepto, a la obligación de dar, valiéndose de acto jurídico suyo, lo que atentaría contra la esencia vinculatoriedad y juridicidad de toda obligación”: RUBIO GARRIDO, Tomás. *La doble venta y la doble disposición*. Ob. Cit., p. 133.

obligación de tutelar o asegurar la adquisición que se haya operado a favor de un cesionario lo cual, inclusive, puede derivarse de la obligación genérica de comportarse de acuerdo a la buena fe durante todas las etapas del contrato (conforme lo exige el art. 1362° CC).

Sobre el particular U. Breccia sostiene que “[c]omo en otras hipótesis de violación de la garantía no estaríamos ante la nulidad del contrato, más sí ante una obligación de resarcimiento del daño a cargo del cedente si la cesión fue estipulada con prestaciones recíprocas, podrá pedirse la resolución del contrato; y deberá darse la diferencia entre el resarcimiento y el correspondiente monto pagado, que no es más debido”⁹¹. En estos casos, el acreedor injustamente insatisfecho, dispondrá de todos los remedios que tradicionalmente se integran a la tutela represiva del derecho de crédito, como son la resolución del contrato de cesión y el derecho al resarcimiento de todos los daños que se le hayan causado.

Sostenemos, entonces que el doble cedente estará expuesto a que el cesionario preterido le resuelva el contrato por incumplimiento, precisamente de la obligación principal del contrato de cesión, toda vez que al haber sido adquirido por otra persona el objeto del contrato de manera definitiva, al cesionario preterido le será inviable recibir la *in natura* el derecho de crédito que pretendía adquirir y, por lo tanto, podrá dejar sin efecto el contrato instando judicial o extrajudicialmente la resolución (según los 1371° y 1428° CC), lo que implica la restitución de las prestaciones en el estado en que se encuentren (1372° CC) –por ejemplo lo que pago el cesionario preterido por el crédito- más la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios (1428° CC) que completen el interés contractual positivo.

⁹¹ BRECCIA, Umberto. “Le obbligazioni”. En *Trattato di diritto privato* a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti. Milano: Giuffrè Editore, 1991, p. 788.

a.b) Frente al cesionario preferido

Como ya se ha afirmado, en principio, sería un absurdo sostener que el doble cedente responda frente al cesionario preferido, en cuanto este último ha justamente obtenido, de forma específica, la titularidad del derecho que mediante el contrato de cesión pretendía.

Sin embargo, podrían existir algunos supuestos en los cuales el cedente debe responder: básicamente, por una inexactitud, no tanto en la titularidad sobre el crédito –la cual el cesionario preferido retendrá indiscutiblemente-, sino en la ejecución de la prestación a cargo del deudor cedido, quien ante la posibilidad de ejecutar la prestación a un sujeto no legitimado, como cuando dos cesionarios le reclamen el cumplimiento de la prestación, y no pueda establecerse con certidumbre quien es el acreedor legitimado para recibir la prestación y el deudor se vea forzado a liberarse mediante el mecanismo del pago por consignación.

En este sentido, el segundo párrafo del art. 1252° CC es contundente al otorgar el derecho de liberarse realizando el ofrecimiento judicial respectivo: *“cuando el crédito fuera litigioso o lo reclamaran varios acreedores y en situaciones análogas que impidan al deudor ofrecer o efectuar directamente un pago válido”*.

En estos casos, aunque el cesionario preferido recibirá finalmente el bien al que el crédito que le ha sido transmitido le da derecho, la inexactitud de la prestación, relativa (por ejemplo) a la tardanza con la que fue recibida, por tenerla que recibir al final de un proceso, si es que el otro y primer cesionario inició una acción contra él acusándolo de coludirse –de mala fe- con el cedente para despojarlo de su crédito, el doble cedente deberá responder por los daños provocados por la indicada inexactitud.

En efecto, teniendo en cuenta que el pago por consignación no es en propiedad un cumplimiento estricto, sino una forma de liberarse de la obligación

otorgada por el ordenamiento como un derecho del deudor, la tardanza, en relación con el tiempo del cumplimiento pactado, no le será imputable al propio deudor cedido, sino al doble cedente, ya que su conducta ha determinado la inexactitud. En esta circunstancia, es el doble cedente el que debería responder por los daños que aquella tardanza le haya ocasionado al cesionario preferido.

a.c) Frente al cesionario no preferido de mala fe

En los casos en los que el segundo cesionario tenga conocimiento de la existencia de un contrato anterior, por el cual el cedente ya se obligó a transferir el crédito, aún antes de que esta primera cesión haya sido notificada, no cabe duda de que por el solo hecho de tener conciencia de que con su actividad se va frustrar indebidamente un crédito ajeno, lo hace caer en mala fe y, por lo tanto, el acto así celebrado con el cedente será sancionado con la nulidad al haberse perseguido una finalidad ilícita, a saber, despojar al anterior cesionario de un derecho.

Sin embargo, este contrato nulo que no habría generado efectos, sí habría podido tener consecuencias materiales tales como la entrega de una prestación al doble cedente por el crédito que se pretendió ceder –a un costo menor probablemente- o, en todo caso, alguna atribución patrimonial realizada a favor del cedente y que al adolecer de nulidad el contrato de cesión no tiene ninguna justificación el que sea retenida dentro de su patrimonio.

Empero, al ser nulo el contrato de cesión, el cedente de mala fe preterido no podrá exigir nada por la vía de la responsabilidad por inejecución de obligaciones, ya que el reglamento contractual como consecuencia de la nulidad perderá vigencia.

En estos casos, como bien afirma Werner Flume, “también el negocio jurídico nulo puede tener relevancia jurídica de diversas maneras, como si fuera

válido, si con base al mismo se realizan prestaciones o si el negocio se consuma de otra manera”⁹²

En este sentido, siguiendo al autor alemán antes citado: “A las prestaciones realizadas en cumplimiento de un contrato obligatorio nulo les son aplicables en principio las normas del enriquecimiento injustificado, al carecer de causa jurídica, por no ser válido el contrato obligatorio, las prestaciones hechas para su cumplimiento. Es cierto que es en general justa para el caso de su intercambio de prestaciones materiales con base en un contrato obligatorio nulo”⁹³.

Por esta razón, al cesionario de mala fe no preferido, le quedaría como última posibilidad, de carácter subsidiario acción, por las prestaciones que ha ejecutado a favor del doble cedente, la acción por enriquecimiento sin causa regulada en los arts. 1954° y 1955° CC, pero reducida por el hecho de haber intervenido en el acto generador de la acción por enriquecimiento.

Esto sería así, por la forma tan inadecuada en que la figura por enriquecimiento sin causa o indebido, ha sido regulada en el art. 1954° (“*Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo*”), toda vez que en estos casos lo que se debería buscar no es indemnizar (lo que implicaría la imposición de una obligación indemnizatoria que comprenda el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral), sino de restablecer el equilibrio patrimonial alterado sin ninguna justificación jurídica. Siendo esto así, al perjudicado le correspondería, en estrictos términos, una acción restitutoria contra el enriquecido que se limite estrictamente a lo que ha salido de su patrimonio para ingresar a la del otro -o su equivalente pecuniario, en todo caso-.

⁹² FLUME, Werner. *El negocio jurídico. Parte general de derecho civil*. Traducido por José María Miquel Gonzales y Esther Gomez Calle. Tomo II. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998, p. 652.

⁹³ *Ibíd.*

Sin embargo, y contrariamente a lo que el sentido común y los códigos europeos decimonónicos establecen, al legislador peruano se le ocurrió imponer una obligación “indemnizatoria” y no una *condictio* restitutoria, a pesar que el Código Civil de 1936 esta solución –correcta- ya había sido establecida, de lo cual da cuenta la misma Comisión Revisora en su Exposición de Motivos, según la cual el art. 1954° CC, “equivale al artículo 1149° del Código Civil de 1936, del cual difiere únicamente en que confiere al desposeído un derecho indemnizatorio, mientras que el Código anterior le concedía un derecho restitutorio”⁹⁴.

Entonces, si bien al cesionario de mala fe le corresponde la acción indemnizatoria y subsidiaria por enriquecimiento indevido, la imposición de la obligación “indemnizatoria” al doble cedente deberá ser adecuadamente reducida, toda vez que el titular de la acción (“víctima”, acreedor perjudicado o como quiera denominársele) ha intervenido en el acto (doble cesión) generador de la “obligación indemnizatoria” con tal intensidad que es una *concausa*⁹⁵, lo cual implica un deber del órgano jurisdiccional de reducir la obligación a imponerse al doble cedente (art. 1973° CC) a los estrictos límites de lo recibido, lo que en otros términos significaría, que el cesionario de mala fe no preferido tendría *una simple acción restitutoria* contra el doble cedente.

⁹⁴ REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*. Tomo VI, Ob. Cit., p. 775.

⁹⁵ Sobre el hecho de la propia víctima en la responsabilidad civil, Juan Espinoza Espinoza sostiene que: “El hecho de la propia víctima, según su intensidad en producción de las consecuencias dañosas puede ser una *concausa*, en cuyo caso, aplicando el artículo 1973° c.c., “la indemnización será reducida por el juez”, o un supuesto de ruptura del nexo causal. Esto halla su correspondencia en inejecución de obligaciones, en el artículo 1326° c.c., que establece que “si el hecho doloso o culposo del acreedor hubiere concurrido a ocasionar el daño el resarcimiento se reducirá según su gravedad y la importancia de las consecuencias que se deriven” (*concausa*) y en el artículo 1327° c.c., que prescribe que “el resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario” (ruptura del nexo causal)”: ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil*. Cuarta Edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2006, p.213.

3.7.2.b. Posición del deudor cedido

La cesión de créditos es un mecanismo que tiende a excluir al deudor del crédito cedido del proceso formativo del consentimiento contractual, toda vez que como textualmente lo establece el art. 1206° CC, el acuerdo de cesión se forma entre el cedente y el cesionario.

Sin embargo, y no por esta razón, al deudor cedido se le deja a un lado como un centro de intereses dentro de la regulación de esta figura, ya que indefectiblemente será afectado por el acto de disposición, porque si bien la transmisión del crédito produce una modificación meramente subjetiva en el lado activo de la obligación, es decir, a nivel de la relación de titularidad entre el acreedor y el derecho de crédito, manteniéndose inalterado el contenido objetivo del vínculo obligatorio (es decir, el programa prestacional comprometido por el deudor), el cambio de acreedor que se opera produce ciertos efectos que repercuten en la dinámica de la relación obligatoria que afectan también al deudor cedido.

En este sentido, y en el ámbito específico de la doble cesión de un crédito, la esfera de intereses del deudor se intercepta con las esferas jurídicas de tres distintos sujetos, a saber: (i) la del cedente (acreedor original); (ii) la del cesionario preferido (nuevo acreedor) y (iii) la del cesionario preterido (acreedor desplazado). Razón por la cual, el art. 27° de la LGM debió haber tomado en cuenta la particular relevancia que tiene la posición jurídica del deudor frente a estos otros sujetos, a efectos de regular las consecuencias jurídicas de la regla de preferencia en las cesiones múltiples.

b.a) Frente al cesionario con derecho inscrito (preferido)

El art. 27° de la LGM establece en sus dos primeros párrafos que la inscripción de la cesión en el Registro correspondiente otorga preferencia para su pago al cesionario y que prevalece sobre la cesión notificada al deudor cedido. Así tenemos que concluir que, indefectiblemente, el cesionario que

tendrá derecho a recibir la prestación a cargo del deudor cedido será siempre, y en todos los casos, aquel que de buena fe haya inscrito su derecho. Siendo esto así, el cesionario con derecho inscrito siempre podrá exigir al deudor cedido el cumplimiento de la obligación, ya que a partir de la inscripción de su derecho él asumirá de manera exclusiva y excluyente, la titularidad del derecho de crédito y la legitimidad para recibir la prestación con efectos liberatorios.

En este sentido, si el deudor cedido recibe una comunicación fehaciente –por ejemplo una carta notarial remitida por su acreedor original (en la calidad de cedente) indicándole que se ha producido una cesión del crédito a favor del primer cesionario o una comunicación del cesionario que acompañe una prueba indubitable del acuerdo de cesión- esta indicación no sería, en principio, suficiente para que el deudor cedido esté seguro de que aquel sujeto es el nuevo titular del derecho y hacia quien debe dirigir el cumplimiento, ya que resultaría absolutamente posible que exista una cesión a favor de otro sujeto (segundo cesionario) inscrita, que le sería válidamente oponible, de acuerdo a nuestra legislación vigente.

De esto se desprende que la posición que asume el deudor cedido frente al cesionario que de buena fe ha inscrito su derecho, es de total subordinación, ya que, este último siempre y en todos los casos podrá oponerle la existencia de su derecho de crédito y exigirle, consecuentemente, la ejecución de la prestación, incluso en aquellos supuestos en los que ésta ya haya sido ejecutada a favor de un anterior cesionario que haya notificado la cesión, en el entendido de que al deudor cedido también se le aplicaría la presunción general de conocimiento de las inscripciones registrales, taxativamente establecida en el art. 38° de la LGM.

b.b) Frente al cedente que transfirió múltiples veces el crédito

Frente a su acreedor original, el deudor cedido solamente podrá dirigirse si se configuran todos los elementos de la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones, entre los cuales destacan el incumplimiento de algún deber

derivado del vínculo obligatorio, la generación de alguna clase de daño y la culpa del sujeto infractor. En este sentido, de haberse realizado una doble enajenación del crédito, el deudor será perjudicado solo si al ejecutar la prestación no queda liberado de la obligación pese a haber entregado la prestación a favor de algún sujeto.

Lo cual sucedería, si por ejemplo, se ha cedido doblemente el crédito, y una cesión ha sido notificada al deudor por el propio cedente indicándole a un cesionario como actual titular del crédito, pero posterior o simultáneamente vuelve a ceder el crédito, segunda cesión que es inscrita pero no comunicada al deudor cedido. Como resulta evidente, cabe la posibilidad de que, como se ha explicado en la sección anterior (3.7.2.b.a.), el deudor cedido confiado en la declaración de su original acreedor ejecute la prestación desconociendo –de hecho- que existe otra cesión inscrita que resulta preferente y, a la cual, indefectiblemente seguirá vinculado.

En el ejemplo anteriormente expuesto, existe una evidente infracción contractual al deber de buena fe que rige el desenvolvimiento de la relación obligatoria en todas sus facetas. Habiéndose, el cedente, comportado abiertamente de mala fe al indicar como actual acreedor (cesionario preterido) a alguien que en realidad no lo era o, en todo caso, que podía dejar de serlo y al ser su acción comisiva (doble cesión) totalmente imputable, deberá responsabilizarse de todos los daños derivados de la no liberación del deudor y del hecho de tener que ejecutar dos veces la misma prestación, una a favor del primer cesionario y otra a favor del segundo cesionario con derecho inscrito.

Entendidas así las cosas, el doble cedente será responsable civilmente por todos los daños y perjuicios que la doble enajenación del crédito le cause al deudor cedido, siempre que su actuación sea determinante para que la prestación sea ejecutada a favor de un sujeto que no estaba legitimado para recibirla con efectos liberatorios y el deudor cedido sea forzado a continuar sujeto al vínculo obligatorio frente a un cesionario preferente (inscrito).

b.c) Frente al cesionario (no preferido) que recibió indebidamente la prestación

El pago es la modalidad normal para la extinción de una obligación y consiste en la ejecución del comportamiento comprometido a favor del legitimado para recibirla, a saber, el acreedor. En consecuencia, el acto *solutorio* o cumplimiento debe estar referido o relacionado a una obligación previamente existente. A este vínculo entre “cumplimiento” y “obligación” lo denominamos “causalidad del pago”.

Sin embargo, vamos a encontrar que en los casos de pago indebido esta “causalidad” está ausente, por que no existía ningún vínculo obligatorio (denominado también *pago indebido objetivo*⁹⁶) relacionado con el acto del “cumplimiento” o por que el sujeto que ejecuta o recibe la prestación no integraba el vínculo obligatorio que si existía (denominado también *pago indebido subjetivo*⁹⁷).

Empero, en ambos casos, la nota fundamental es la restitución (*ripristino*) de lo pagado por falta de una causa de atribución entre el sujeto que ejecutó la prestación (*solvens*) y el que la recibió (*accipiens*) y, además, la reacción del ordenamiento ante un desplazamiento patrimonial injustificado, por lo que la distinción entre pago indebido objetivo y subjetivo sería un tanto marginal⁹⁸.

⁹⁶ En el ordenamiento jurídico italiano, el pago indebido objetivo está normado en el art. 2.033 del *Codice Civile* de 1942, el mismo que textualmente dice: “El que ha llevado a cabo un pago no debido tiene derecho a repetir lo pagado. Tiene, igualmente, derecho a los frutos e intereses desde el día del pago si el que lo recibió obró de mala fe o, en caso contrario, desde el día de la interposición de la demanda”.

⁹⁷ En el CC italiano, el pago indebido subjetivo está normado en el art. 2.036, el mismo que textualmente establece: “El que ha pagado una deuda ajena, creyéndose deudor en base a un error excusable, puede repetir lo pagado, siempre que el acreedor no haya sido privado, de buena fe, del título o de las garantías del crédito./ El que recibe lo indebido está asimismo obligado a restituir los frutos y los intereses desde el día del pago, si procedió de mala fe, o, en caso contrario, desde el día de la presentación de la demanda./ “Cuando la repetición no sea posible, el que ha pagado se subroga en los derechos del acreedor”.

⁹⁸ “El hecho de que, en el primer caso, la causa de la atribución no haya existido jamás, mientras que, en el segundo, la causa ha desaparecido en un momento posterior, incide solamente en forma marginal sobre el mecanismo de la *condictio*”: MOSCATI, Enrico. “Apuntes

Sin embargo, resulta de utilidad señalar que en el pago indebido objetivo o realizado por una deuda inexistente, el *solvens* ejecuta una prestación sin que haya existido una relación obligatoria que lo una con el sujeto que recibió la prestación, o cuando la relación obligatoria que los unía ya había dejado de existir por cualquier causa (segundo párrafo del art. 1273⁹⁹ CC), excepto en la extinción por prescripción, donde el remedio restitutorio está excluido¹⁰⁰.

Esto quiere decir, que el sujeto que se ha beneficiado con la prestación ejecutada indebidamente (es decir, el *accipiens*) no detenta ninguna posición o derecho que lo haya legitimado a percibirla contra el *solvens* o contra cualquier otro sujeto.

Entonces, en ausencia de todo vínculo obligatorio, resulta claro que se ha producido un *enriquecimiento injustificado*. Así, para restablecer el equilibrio roto por este desplazamiento patrimonial, nace una relación obligatoria entre *accipiens* (el que recibió) y *solvens* (el que entregó), donde el primero debe restituir la prestación que ha ingresado a su patrimonio.

De otro lado, en el pago indebido subjetivo lo característico es que, si bien existe una relación obligatoria, el pago ha sido ejecutado por quien no era el deudor (pago indebido *ex persona debitoris*) o, habiendo sido realizado por el *verdadero* deudor, se ha hecho a favor de quien no era el *verdadero* acreedor (pago indebido *ex persona creditoris*). En ambos casos, se conforma una

histórico-reconstructivos acerca de la pretendida contraposición entre pago indebido «objetivo» y «subjetivo». En *Revista crítica de derecho inmobiliario*. Núm. 532, Mayo-Junio 1979, p. 575.

⁹⁹ En efecto de acuerdo al art. 1273º CC que regula la carga de la prueba del error del *solvens*, prescribe en su segundo párrafo que “*se presume que hubo error en el pago cuando se cumple con una prestación que nunca se debió o que ya estaba pagada*”. En este sentido, en el pago indebido objetivo la nota común es la ausencia de vínculo obligatorio, pero porque nunca existió o por que dejó de existir (al haber sido *ya cumplida* la prestación).

¹⁰⁰ En efecto, debe tenerse en cuenta que el art. 1275º CC impide la generación del remedio restitutorio cuando se ha pagado una deuda prescrita, a saber, aquella que ha sido ejecutada a par que el deudor favorecido con el plazo prescriptorio haya ejercitado judicial o extrajudicialmente el derecho a extinguir el vínculo obligatorio. En este sentido, el primer párrafo del art. 1275º, antes citado, prescribe: “*No hay repetición de lo pagado en virtud de una deuda prescrita, o para cumplir deberes morales o de solidaridad social o para obtener un fin inmoral o ilícito*”.

relación trilateral entre quien ejecutó el pago (*solvens*) quien lo recibió (*accipiens*) y el sujeto activo o pasivo de la relación obligatoria que permanece como un espectador y que, sólo eventual e indirectamente, puede ser alcanzado por los efectos restitutorios del pago indebido.

Es precisamente por esta razón, que el pago indebido subjetivo siempre estaremos ante una relación jurídica trilateral, en el sentido que son tres centros de intereses que van a ser afectados, a diferencia del pago indebido objetivo donde solamente son dos los sujetos implicados¹⁰¹.

Ahora bien, en el caso del pago indebido *ex persona debitoris*, un tercero (el *solvens*), creyéndose por error deudor de la obligación, ejecuta la prestación a favor del verdadero acreedor. En este caso, el *solvens* sólo tendrá derecho a la restitución, si y solo si, el acreedor no ha perjudicado de alguna forma el crédito que tenía frente al deudor verdadero, ya que de lo contrario, es decir si el acreedor actuando de buena fe ha perjudicado su crédito (art. 1268º CC¹⁰²) estará liberado de la obligación restitutoria y a quien pagó indebidamente sólo le quedará dirigirse contra el deudor que ha sido liberado de la obligación.

A su vez, en el pago *ex persona accipiens (o creditoris)*, quien realiza el pago es el verdadero deudor, pero lo hace a favor de un tercero que no es el acreedor ni está legitimado para recibir el pago. En este caso, el deudor no estará liberado de la obligación frente al verdadero acreedor y el único derecho que tendrá será el relativo a la obligación de restitución que surge a cargo del tercero que ha percibido indebidamente la prestación. Sin embargo, en este

¹⁰¹ En este sentido, como bien lo afirma Enrico Moscati, "La distinción entre pago indebido objetivo y subjetivo solamente tiene razón de ser si se orienta a aclarar la compleja situación de intereses que late en la base del mecanismo restitutorio en caso de las relaciones trilaterales": MOSCATI, Enrico. "Apuntes histórico-reconstructivos acerca de la pretendida contraposición entre pago indebido «objetivo» y «subjetivo»". Ob. Cit., p. 568.

¹⁰² "Artículo 1268 [Pago indebido recibido de buena fe].- Queda exento de la obligación de restituir quien, creyendo de buena fe que el pago se hacía por cuenta de un crédito legítimo y subsistente, hubiese inutilizado el título, limitado o cancelado las garantías de su derecho o dejado prescribir la acción el verdadero deudor. El que pagó indebidamente sólo podrá dirigirse contra el verdadero deudor".

caso el deudor se liberará de la obligación sólo si concurren alguno de los siguientes elementos: (1) la ratificación de la aceptación del pago por el verdadero acreedor; (2) que el pago hecho al tercero haya sido de utilidad para el verdadero acreedor; o (3) que de acuerdo a las circunstancias el deudor razonablemente haya podido asumir que el tercero estaba legitimado para recibir el pago, en otras palabras, el pago al acreedor aparente.

Como podemos apreciar, en el pago indebido, las notas comunes están constituidas por (1) una actividad que permite un desplazamiento patrimonial de una esfera a otra pero que carece de justificación (es decir, estamos ante la ausencia de causa para la atribución patrimonial¹⁰³) y (2) el surgimiento de una obligación a cargo del sujeto que se ha enriquecido como consecuencia de desplazamiento patrimonial injustificado¹⁰⁴.

Esto justifica la naturaleza del remedio otorgado como consecuencia del pago indebido, a saber, el derecho del *solvens* para exigir la restitución de la prestación a quien la ha recibido, con la finalidad de eliminar el traspaso patrimonial injustificado o, en otras palabras, en esta solución opera “*una atribución en sentido inverso entre dos esferas jurídicas, impidiendo que los efectos del acto del solvens se consoliden en el patrimonio del accipiens*”¹⁰⁵.

Asimismo, otros elementos que debemos de tener en cuenta para el estudio del pago indebido son el “error” del *solvens* al ejecutar el pago y la mala fe del *accipiens* cuando la recibe.

¹⁰³ Así, según Enrico Moscati, el valor de una formula general del pago indebido vendría caracterizada “por la falta de una justificación válida en el traspaso patrimonial”: MOSCATI, Enrico. “Apuntes histórico-reconstructivos acerca de la pretendida contraposición entre pago indebido «objetivo» y «subjetivo»”. Ob. Cit., p. 569.

¹⁰⁴ En este sentido, para Enrico Moscati, la figura del pago indebido surge como una consecuencia de un problema de carácter muy amplio, a saber, “la exigencia de reconocer, legalmente, un instrumento de carácter general, que permita actuar *contra todo tipo de desplazamientos patrimoniales injustificados*”: MOSCATI, Enrico. “Apuntes histórico-reconstructivos acerca de la pretendida contraposición entre pago indebido «objetivo» y «subjetivo»”. Ob. Cit., p. 564.

¹⁰⁵ *Ibíd.*, p. 572.

En el caso del primero, es decir del “error”, funciona para demostrar que el *solvens* no tenía la intención de referir la prestación a una relación obligatoria existente¹⁰⁶ y, por tanto, que no ha pagado una deuda ajena (es decir, para diferenciarla de la figura del pago por tercero en los casos pago indebido subjetivo *ex persona debitoris*). Asimismo, el error inexcusable es también un límite externo de autoresponsabilidad del *solvens* que elimina la posibilidad de restitución (cuando el error del *solvens* sea inexcusable o doloso y el acreedor - *accipiens*- haya recibido la prestación de buena fe y perjudicado de algún modo su crédito frente al verdadero deudor). En este sentido, la ausencia de error sólo serviría al *accipiens* para demostrar que no estamos ante un pago indebido (sino ante una donación o pago por tercero) o para excluir su responsabilidad¹⁰⁷.

En este caso, el elemento subjetivo de quien ha recibido el pago, a saber, la mala fe, sirve para establecer los límites de su obligación restitutoria o, en todo caso, para excluirla. En el primer sentido, cuando concorra la mala fe del *accipiens*, éste verá agravada su obligación restitutoria, ya que estará obligado, no sólo a la devolución de lo percibido sino, además, de los intereses legales o frutos que el bien haya producido desde la fecha en que recibió el pago e, inclusive, por su pérdida o deterioro no imputables (Art. 1269º CC¹⁰⁸).

¹⁰⁶ En este sentido, para Moscati, “[e]l error no es un elemento ulterior del supuesto de hecho, añadido a la falta de *causa solvendi*, sino, todo lo más, un medio para demostrar que el *solvens* no tenía intención de referir la prestación a la relación existente entre el *accipiens* y el verdadero deudor”: MOSCATI, Enrico. “Apuntes histórico-reconstructivos acerca de la pretendida contraposición entre pago indebido «objetivo» y «subjetivo»”. Ob. Cit., p. 583.

¹⁰⁷ Es por esta razón que Enrico Moscati afirma que el pago indebido “presenta la apariencia de un mecanismo dotado de una estructura rigurosamente unitaria, en base al hecho objetivo de la falta de causa en la atribución. En consecuencia, y tratándose de un instrumento encaminado a eliminar del mundo jurídico un traspaso patrimonial injustificado, el nacimiento de la obligación de restituir no puede subordinarse a factores de naturaleza subjetiva, caso del error (excusable o no) del *solvens*, o por la mala fe del *accipiens*.” MOSCATI, Enrico. “Apuntes histórico-reconstructivos acerca de la pretendida contraposición entre pago indebido «objetivo» y «subjetivo»”. Ob. Cit., p. 574

¹⁰⁸ “Artículo 1269.- (...) **Además, responde de la pérdida o deterioro que haya sufrido el bien por cualquier causa, y de los perjuicios irrogados a quien lo entregó, hasta que lo recobre.** // Puede liberarse de esta responsabilidad, si prueba que la causa no

En consecuencia, como es de observarse, cuando el deudor ejecuta el comportamiento debido hacia quien no es su acreedor ni está legitimado para recibir el pago, el comportamiento “*solutorio*” no tendrá, en principio, ninguna repercusión sobre el derecho de crédito del verdadero acreedor, quien permanecerá del todo ajeno al pago *indebido* subjetivo *ex persona creditoris* (es decir, realizado por el deudor a un tercero que no era titular de la posición activa de la relación obligatoria y que recibió la prestación creyéndose acreedor -de buena fe- o siendo consciente de no serlo -de mala fe).

En este sentido, el efecto que normalmente se producirá, como ya se ha indicado, es el nacimiento de la obligación de restitución a cargo del tercero (*accipiens*) a favor del deudor (*solvens*) que identificó erróneamente a su acreedor, conforme los prescribe el art. 1267º CC¹⁰⁹.

Ahora bien, con respecto al tema que nos ocupa en esta investigación, debemos recordar, que en principio la cesión de créditos no es eficaz sino hasta que el acuerdo que la contiene sea comunicado o aceptado por el deudor cedido (ex. art. 1215 CC), razón por la cual si existen varios acuerdos de cesión sobre un mismo crédito (venta, permuta, factoring, dación en pago, etc.) ninguna de las partes de estos actos podrán calificarse como cesionarios sino hasta que hayan comunicado la existencia de este acuerdo al obligado. La primera “comunicación” determinará quién adquirió el crédito primero volviendo ineficaces al resto de actos de disposición por falta de legitimidad del original disponente (cedente múltiple).

En consecuencia, si el deudor paga a favor del “cedente” antes que alguno de los “eventuales” cesionarios comunique su acuerdo de cesión, habrá cumplido, ya que quien recibió la prestación es el titular actual del crédito (a saber, el cedente hasta antes de la comunicación), por esta razón no se

imputable habría afectado al bien del mismo modo si hubiera estado en poder de quien lo entregó”.

¹⁰⁹ “Artículo 1267.- El que por error de hecho o de derecho entrega a otro algún bien o cantidad en pago, puede exigir la restitución de quien la recibió”.

generará el supuesto de pago indebido ni de pago al acreedor aparente, ya que las cesiones celebradas son todavía ineficaces. Esto, sin embargo, admite una excepción prescrita en el art. 1216º CC, que permite al cesionario (que aún no ha adquirido el crédito) obligar nuevamente al deudor, siempre que se pruebe que este conocía de “alguna forma” razonable –lógicamente distinta a las señaladas en el 1215º CC- que sabía sobre la existencia del acto de cesión del cual emana su derecho.

Ahora, realizada esta sucinta aclaración, en la concurrencia de cesionarios, los supuestos de pago indebido por “error” en la identificación de persona legitimada para recibir el pago (es decir, un pago indebido *ex persona accipiens*) puede materializarse en las siguientes formas:

- (a) Cuando el deudor cedido por negligencia paga a favor del anterior titular del crédito (cedente) a pesar que el nuevo titular (cesionario) ha cumplido con comunicar fehacientemente el acuerdo de cesión (recuérdese que la comunicación fehaciente sólo implica cumplir con un procedimiento “legal” para la notificación de la cesión y aunque no se refiera al fenómeno psicológico del “conocimiento efectivo”, resulta evidente que esta encaminado o tiene el propósito de lograrlo).
- (b) Cuando el deudor cedido paga a favor del cesionario que le ha comunicado fehacientemente el acuerdo de cesión, pero antes de este acto *solutorio* ya se había sido inscrito otro acuerdo de cesión (o de garantía mobiliaria) sobre el mismo crédito.

En ambos casos, la nota común es que la prestación se dirige a un sujeto distinto del verdadero acreedor (o de la persona legitimada) y la ausencia de eficacia extintiva del pago realizado. En estos casos, a diferencia del pago indebido realizado por un tercero que no era el deudor (*ex persona debitoris*), la discordancia se presenta en el lado activo de la relación.

Ahora bien, en el primer caso (a), el pago indebido lo realiza el deudor cedido (el *solvens*) a favor del anterior titular del crédito o cedente (el *accipiens*)

quien después de la comunicación al deudor es un tercero ajeno a la relación obligatoria, por lo que la posición del acreedor verdadero (cesionario) permanece inalterada, es decir, el cesionario podrá exigir válidamente el cumplimiento al deudor que pagó indebidamente, sin perjuicio de la obligación de restitución que surja a cargo del cedente que recibió el pago de mala fe o por negligencia.

En efecto, la obligación de restitución surgirá a cargo del anterior titular del crédito (cedente-*accipiens*) quien en todos los casos habrá actuado de mala fe, ya que habiendo previamente transferido el crédito frente a ese deudor, sólo actuando dolosamente (es decir, estando plenamente consciente de que ya no es el acreedor) o por culpa, podrá recibir la prestación (que puede ser inexcusable o leve).

En consecuencia, y conforme al art. 1269º CC su obligación restitutoria se extiende al *“interés legal cuando se trate de capitales o los frutos percibidos o que ha debido percibir cuando el bien recibido los produjera, desde la fecha del pago indebido”*, y, además, responderá *“de la pérdida o deterioro que haya sufrido el bien por cualquier causa, y de los perjuicios irrogados a quien lo entregó, hasta que lo recobre”*.

El segundo caso (b) es un poco más complejo, toda vez que quien recibió la prestación (el *accipiens*) fue el titular del crédito hasta el momento en que se produce la inscripción registral de la segunda cesión, la cual tendrá como efecto desplazar la titularidad sobre el derecho del primer adquirente hacia el adquirente con título registrado quien deriva su derecho de un efecto legal y no del acto otorgado por el cedente original, quien ya no era el titular del derecho. En este caso, el cesionario con derecho no inscrito se verá desplazado por una típica adquisición *a non domino* como efecto de la inscripción del “derecho” del segundo cesionario “registrado”.

En este sentido, el segundo cesionario con derecho registrado adquiere el crédito (o el derecho de garantía sobre el crédito) siempre que de buena haya inscrito su contrato de cesión.

Con todo, lo cierto es que el elemento subjetivo del cesionario que desplaza en la adquisición a quien ha recibido la prestación carece de importancia para los efectos restitutorios del pago indebido, ya que al deudor no le quedará otra opción que exigir la restitución de lo que ha entregado al cesionario “no registrado” que ha perdido el derecho, puesto que, en todos los casos, a estar a la presunción de conocimiento de la existencia del derecho inscrito, habrá actuado de mala fe, es decir, conociendo su calidad de no-acreedor. Esto precisamente, por lo dispuesto en el art. 38º de la LGM.

En consecuencia, el deudor que ejecutó la prestación podrá alegar que el cesionario “no registrado”, que recibió la prestación sin ser el acreedor, sabía que ya no era el titular actual del derecho por lo que se comportó de mala fe, sin que pueda admitirse prueba en contrario. Esto significa que a pesar de que en los hechos el primer cesionario (desplazado dolosamente en la titularidad sobre su derecho) actuó de buena fe, por una presunción legal que no admite prueba en contrario, tendrá que asumir la responsabilidad agravada del *accipens* de mala fe prescrita en el art. 1269º CC

3.7.3.c. Posición del cesionario no preferido

Como ya se ha dicho, dado que la titularidad sobre un crédito es exclusiva, es decir, sólo puede pertenecer a un único sujeto, entonces ¿qué sucede con el resto de cesionarios cuyos actos son ineficaces frente al adquirente preferido (sea el que inscribió o notificó primero el acto de disposición al deudor cedido)? Pues resulta que su adquisición se ha visto frustrada por causa imputable a otros sujetos, a saber por causa del cedente y del adquirente del crédito.

Cuando el cedente haya cedido múltiples veces el crédito siempre incurrirá en dolo (mala fe) o culpa (negligencia), por lo que en ambos casos responderá frente a cada uno de sus cesionarios por inejecución de obligaciones, toda vez que es su conducta la que ha impedido que se produzca el efecto traslativo al que estaba encaminado en negocio de cesión y, por ende, la frustración del interés del cesionario no preferido.

En este sentido, el cesionario que actuó de buena fe estaría facultado frente al cedente para resolver el contrato (si el acto de cesión es una compraventa sobre créditos, por ejemplo) exigiendo la devolución de las prestaciones que hayan sido ejecutadas más la indemnización respectiva por daños.

Ahora, si el cesionario preferido ha actuado de mala fe y ha recibido el pago del deudor, el que ha quedado liberado de la obligación, es decir, consumado un acto de cesión a pesar de saber que existían otros actos de cesión eficaces (o no) pero que carecían de inscripción, habiendo frustrado definitivamente la adquisición del derecho en perjuicio de otros sujetos, debe responder en aplicación del art. 1969º CC, es decir, por responsabilidad extracontractual.

Así, al cesionario no preferido le corresponderían las acciones de responsabilidad por inejecución de obligaciones dirigidas contra el cedente y las acciones de responsabilidad extracontractual contra el cesionario adquirente del derecho que haya actuado de mala fe y recibido la prestación con efectos liberatorios para el deudor.

En efecto, si el cesionario originalmente preferido y a favor de quien ya se ha ejecutado la obligación, es declarado por un órgano jurisdiccional como un sujeto que actuó de mala fe, es decir, que celebró el contrato de cesión con el conocimiento de que se estaba perjudicando el derecho del cesionario preterido, resulta evidente que último sujeto, siendo un tercero con respecto al vínculo obligatorio, ha perjudicado un derecho subjetivo, toda vez que si el

deudor cedido ha ejecutado la prestación a favor del cesionario con derecho inscrito (y por lo tanto preferido) se habrá liberado de la prestación y de cualquier vínculo con el cesionario indebidamente preterido.

El cesionario preterido que ha sido declarado como verdadero titular del crédito, podrá dirigirse contra el cesionario que recibió la prestación, por la vía de la responsabilidad extracontractual ya que entre ambos cesionarios no existe vínculo contractual alguno –ni cualquier obligación específicamente determinada- sino al ser ambos terceros estarán sujetos al deber genérico de no dañar previsto en el art. 1969º CC (*“Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo”*), configurándose un típico supuesto de tutela aquiliana del crédito¹¹⁰.

c.a) Frente al cedente que cedió múltiples veces el crédito

Entre el cesionario preterido y el doble cedente siempre existirá una relación de responsabilidad por inejecución de obligaciones, toda vez que precisamente por un acto de su contraparte (cedente) la otra (el cesionario) verá frustrado el efecto adquisitivo que constituía el núcleo central del contrato de cesión. En efecto, si bien los efectos previstos en el contrato con respecto al derecho que ha sido transferido, ya no podrán ser realizados, ya que el crédito pertenece de manera exclusiva y excluyente al segundo cesionario (preferido), el incumplimiento en el que incurre el cedente con respecto al cesionario preterido, es más que evidente.

En estos casos, la obligación de transferir el crédito a cargo del cedente se encuentra implícitamente contenida en el art. 1206º CC (*“el cedente transmite al cesionario el derecho a exigir la prestación a cargo de su*

¹¹⁰ Sobre el particular puede consultarse la interesante monografía de BUSNELLI, Francesco Donato. *La lesione del crédito da parte di terzi*. Milano: Giuffré Editore, 1994; y, en español, la monografía de PEREZ GARCÍA, Máximo Juan. *La protección aquiliana del derecho de crédito*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, mercantiles y bienes muebles de España, 2005.

deudor...) y el art. 1212° CC (*“El cedente está obligado a garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido...”*).

Empero, el sustento normativo para sancionar la conducta del doble cedente la podemos derivar, inclusive de la infracción al deber de buena fe previsto en el art. 1362° CC (*“Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”*). Precisamente al comprender esta norma todas las etapas del desenvolvimiento de un contrato, la infracción cometida en cualquiera de ellas acarrearía indefectiblemente, la responsabilidad del doble cedente.

Así por ejemplo, es posible que antes de la celebración del contrato de cesión el cedente haya dispuesto del crédito, siendo este acto de disposición plenamente eficaz por una notificación fehaciente al deudor cedido (1215° CC) o por su inscripción en el RMC (art. 27° de LGM); y, por lo tanto, habiendo salido del patrimonio del cedente el derecho de crédito, el segundo acto dispositivo sería en principio ineficaz con respecto a los efectos traslativos que busca, pero esto no implicaría que la responsabilidad contractual del doble cedente decaiga, ya que el contrato será ineficaz para conseguir la transferencia del crédito, pero esta frustración del contenido del contrato le será imputable igualmente al cedente a título de incumplimiento, del cual derivarán las consecuentes sanciones en su contra que le permitirán al cesionario preterido exigir, ya no la ejecución forzada *in natura*, sino un equivalente del mismo como su valor pecuniario y la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios.

La solución resulta idéntica, si es que originalmente el cedente aún era el titular del derecho, porque aún no disponía doblemente del mismo o, simplemente, porque la primera cesión aún no era eficaz, si es que el cesionario se ve preterido como consecuencia de la formación de un supuesto de hecho adquisitivo sobreviniente como es la inscripción de buena fe de una ulterior cesión sobre ese mismo crédito, también podrá dirigirse contra el cedente ya

que, precisamente, el deber de buena fe implica que el cedente no ejecute actos –desleales- que frustren los intereses del cesionario, como puede ser la recepción de la prestación o la doble cesión que implique un despojo al cesionario sobre la titularidad de su derecho.

c.b) Frente al cesionario preferido de buena fe y al deudor cedido

Como puede deducirse, el cesionario se mantendrá vinculado al deudor cedido, en tanto y en cuanto, ocupe la posición de acreedor respecto de aquel.

En otras palabras: si por cualquier causa de nulidad o anulabilidad, el contrato de cesión deja de tener efectos al ser inválido o declarado como tal, no existirá vínculo alguno que justifique una conexión entre el cesionario preterido y el deudor cedido. Este razonamiento, también lo podemos trasladar al ámbito de la doble cesión, toda vez que el cesionario preterido pierde la titularidad del crédito, como consecuencia de un hecho adquisitivo sobreviniente a favor del cesionario preferido, lo cual implica que salga de la relación obligatoria que había originalmente circulado hacia su esfera jurídica. Así su posición de cesionario decaerá y no tendrá nada que exigirle al deudor cedido, quien únicamente responderá ante cesionario preferido, único sujeto legitimado para recibir la prestación con efectos liberatorios.

Con respecto al cesionario preferido de buena fe, el cesionario preterido no tiene acción alguna ya que, si bien un acto en donde aquel intervino lo ha perjudicado como es la doble cesión, si no existió mala fe de por medio, es decir, conocimiento de perjudicar un derecho ajeno, simplemente el ejercicio regular de un derecho (como es la libertad contractual) no generará responsabilidad alguna en la esfera jurídica del cesionario preferido y, en todo caso, el cesionario preterido únicamente podrá dirigirse contra el cedente por el incumplimiento de sus obligaciones.

3.8. La indisponibilidad del crédito y nulidad del acto de disposición derivada del pacto de no ceder

Debemos tener en cuenta que la cesión es un efecto jurídico que deriva de un acto o negocio dispositivo que es su causa fuente. Ahora, como sabemos normalmente el acuerdo de cesión será ineficaz hasta que se materialicen alguno de los hechos descritos en el art. 1215º del CC (“aceptación” o “comunicación fehaciente”), pero también encontraremos supuestos excepcionales en los cuales el acuerdo de cesión sea ineficaz por otras razones¹¹¹.

Toda vez que la causa fuente de la cesión es un negocio jurídico cualquiera (aunque con función traslativa), su ineficacia puede derivar como una consecuencia de su invalidez (nulidad o anulabilidad) al presentarse alguna de las causales o vicios descritos en los arts. 219º y 221º CC

Cabe hacer una aclaración, con respecto a un supuesto especial de ineficacia del negocio de cesión por invalidez. Tenemos que el inciso 8 del art. 219º CC¹¹² prescribe que el acto jurídico será nulo en los casos que sean subsumibles en el art. V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa. Asimismo, remitiéndonos a esta norma del Título Preliminar tenemos que es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

Es precisamente, dentro de aquel marco de invalidez del negocio por nulidad, en que ubicamos al supuesto descrito en el art. 1210º CC relativo a que

¹¹¹ La ineficacia de la cesión también se presenta en aquellas operaciones por las cuales se ceden “créditos futuros”: LARENZ, Karl. *Derecho Civil. Parte General*. Ob. Cit., p. 261). En estos casos, la cesión será eficaz sólo si se origina el crédito. Hasta antes el acto de cesión es ineficaz y sólo puede otorgar una expectativa de adquisición. Cabe precisar que un ejemplo de crédito “futuro” es aquel que surgirá de un acto sometido a condición suspensiva y, por lo tanto, podemos identificar sus características principales, esto lo diferencia de los denominados “créditos eventuales” que en realidad ni siquiera pueden ser calificados como “expectativas de adquisición”, ya que son en realidad simples esperanzas totalmente inciertas e indeterminadas de adquirir algún derecho los cuales no pueden constituir el objeto de un acto de cesión (en este sentido no sería admisible ceder “todos los créditos que pueda adquirir”). Sin embargo, la LGM (art. 4º) permite enajenar –pero sólo en garantía- los denominados “créditos eventuales”.

¹¹² “Artículo 219.- El acto jurídico es nulo: (...) 8.- En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa”.

“[l]a cesión no puede efectuarse cuando se opone a la ley”, toda vez en aquellos casos el acuerdo mismo será nulo en atención a que su objeto estará sustraído del comercio por una disposición legal expresa, como en el caso del art. 487º del CC¹¹³ que establece la intransmisibilidad del derecho de alimentos.

De otro lado, la cesión de créditos puede ser excluida negocialmente a través de una pacto entre el deudor y el acreedor, lo que no contraviene la prohibición de enajenar o gravar un derecho, prescrita en el art. 882º del CC¹¹⁴, toda vez que el carácter temporal e instrumental del crédito lo aleja del peligro de la inmovilización de la riqueza que es el fundamento de la mencionada prohibición¹¹⁵.

En este sentido, el art. 27º de la LGM¹¹⁶ en su último párrafo prescribe que la prohibición negocial de cesión volverá “legalmente imposible” la transferencia del crédito si ella está expresamente estipulada en el respectivo título. Por esta razón, el acuerdo de cesión será nulo (¡legalmente imposible!) cuando se oponga al pacto de no ceder acordado entre el acreedor cedente y el deudor cedido.

Sin embargo, este caso especial de nulidad derivado de un pacto privado (¿?) del art. 27º de la LGM debe ser complementado con el segundo párrafo del art. 1210º CC, el mismo que subsiste hasta la fecha, en razón del cual “El pacto por el que se prohíbe o restringe la cesión es oponible al cesionario de buena

¹¹³ “Artículo 487.- El derecho de pedir alimentos es intrasmisible, irrenunciable, intransigible e incompensable”.

¹¹⁴ “Artículo 882.- No se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita”.

¹¹⁵ “Già il carattere temporale e strumentale del credito presenti quel pericolo di immobilizzazione della ricchezza che sta a fondamento della tradizionale preclusione fatta ai privati di inceppare la circolazione giuridica della proprietà. I crediti sono di regola cedibili ma la loro circolazione giuridica non è così intensamente tutelata come lo è la circolazione dei beni mobili, dove vige il principio “possessione vale titolo”: BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile. IV L'obbligazione*. Ob. Cit., p. 578

¹¹⁶ “Artículo 27.- **Prelación con respecto a la cesión de derechos** / (...) La cesión de derechos, ya sea en propiedad o en garantía, no es legalmente posible si ella está expresamente prohibida en el respectivo título”.

fe, si consta del instrumento por el que se constituyó la obligación o se prueba que el cesionario lo conocía al momento de la cesión”.

Lo anterior significa que el acto de cesión sí será válido y eficaz, aunque exista un pacto de no ceder, cuando este acuerdo no conste en el título constitutivo de la obligación y el cesionario no lo haya conocido. Entendemos, entonces, que esta norma está encaminada a proteger el tráfico jurídico (de buena fe) sobre el derecho de crédito.

Es de apreciarse, entonces, que por regla general el acuerdo de cesión será nulo cuando el efecto traslativo esté prohibido por ley o acuerdo entre las partes, es decir –en este último caso- cuando se oponga al pacto de no ceder (y este acuerdo sea cognoscible para el adquirente).

De otro lado, sobre el tercer párrafo del art. 27° del LGM, una autorizada opinión, en sede nacional, se ha pronunciado en el siguiente sentido:

“(…) un lector prevenido podrá advertir que al momento de constituirse un crédito se puede prohibir la cesión, incluso en garantía (*pactum de non cedendo*), con lo cual se eliminan de raíz los inconvenientes advertidos en el caso de los saldos de cuentas bancarias, pólizas de seguros y demás créditos (art. 27 *in fine* LGM). Sin embargo, esta "solución" tiene graves consecuencias: Primero, ¿Por qué el pacto privado deberá salvar una reforma legal cuestionable? Las normas legales en el ámbito de la contratación tienen como finalidad descartar los negocios y cláusulas injustificadas, y especialmente regular en forma RACIONAL las omisiones o deficiencias en lo pactado por las partes. Pues bien, aquí, por el contrario, serán los particulares quienes deberán salvar los defectos (mayúsculos) de la ley a través del pacto privado. Segundo, si la intención de la ley es fomentar el acceso al crédito, y que los deudores puedan contar así con toda una gama de activos susceptibles de pignoración, pues resulta que el esquema legal pondrá fin a la garantía sobre créditos. Así pues, ante el defecto clamoroso de la ley, pronto los

deudores deberán acogerse EN MASA al *pactum de non cedendo*, con el fin de evitar el riesgo de dobles pagos, con lo cual en la práctica el mercado dejará de contar con una de sus garantías más dinámicas, en tanto ahora habrá que descartar como bienes pignorables los saldos en cuenta corriente, las pólizas de seguro, las facturas, los descuentos, etc. En conclusión, y aunque para algunos será difícil admitirlo, la vieja regulación del Código Civil resulta contener unas reglas que sí protegen adecuadamente el crédito, la libertad individual, la propiedad, y no una norma supuestamente "*moderna*" como la LGM. Lo viejo nunca debe descartarse por ese solo hecho"¹¹⁷.

Sin embargo, esta opinión absolutamente correcta desde un plano teórico, es de difícil materialización en el tráfico económico, donde la mayor parte de operaciones que implican el otorgamiento de un crédito precisamente el deudor no tiene el poder de negociación suficiente como para imponer condiciones a sus acreedores –y menos un pacto de no ceder-; razón por la cual resulta dudoso que los deudores realmente puedan “ACOGERSE EN MASA” al pacto de no ceder para evitar realizar “dobles pagos”, sino simplemente estarán sometidos (o mejor dicho absolutamente desprotegidos) ante los actos de disposición no comunicados, pero inscritos, que sus acreedores realicen sobre los créditos que adeuden.

Muy alejados, de estos casos de nulidad, encontramos al único supuesto donde el acuerdo de cesión será meramente ineficaz y no inválido, a saber, cuando se oponga a la naturaleza de la obligación.

Los casos que puedan considerarse dentro de este supuesto serán aquellos, donde el programa prestacional para su configuración ha tomado en cuenta elementos inescindibles de la persona del acreedor original o, en todo caso, el elemento subjetivo del lado activo de la relación tiene una gravitación

¹¹⁷ GONZALES BARRON, Gunther. “Hay que derogar la Ley de Garantía Mobiliaria”. En Actualidad Jurídica. Gaceta Jurídica. No. 152, p. 292

determinante para el normal desenvolvimiento de la prestación. Esto significa que, en cierto sentido, la obligación no mantendrá su identidad objetiva si el titular original del lado activo sale del vínculo, ya que la situación deudora no debe verse alterada como consecuencia de la cesión.

En estos casos, el acuerdo de cesión será válido pero no producirá efectos, salvo que el deudor cedido (que va a ver su posición ciertamente alterada) preste su autorización, la cual no se unirá a la cesión como parte del acuerdo sino como un mero hecho desencadenante del efecto traslativo.

CAPITULO IV

NOTAS CRÍTICAS PARA LA REFORMA DE LA NORMA SOBRE LA CONCURRENCIA DE CESIONARIOS

4.1. El vínculo obligatorio y la transmisión del crédito

De acuerdo a Beltrán de Heredia y Onis, existe un consenso muy generalizado en aceptar que “la obligación es un vínculo jurídico, por el cual una persona denominada deudor está obligada con respecto a otra llamada acreedor a cumplir una determinada prestación”¹. Teniendo por virtud esta breve definición el comprender “tanto el aspecto activo como el pasivo de la relación obligacional y por ende y recogidos (...) los dos elementos que sirven para individualizar la obligación el aspecto del deber jurídico y el del poder jurídico”². A lo que debemos agregar, la mención, también, a la prestación que es el referente objetivo de todo vínculo obligatorio y su elemento central.

En efecto, toda definición de vínculo obligatorio se remite siempre a sus tres elementos estructurales, a saber: el crédito, la deuda y la prestación. Mientras que los elementos externos a esta estructura como el interés del acreedor³ y los sujetos a que asumen la titularidad sobre las situaciones del

¹ BELTRÁN HEREDIA Y ONIS, Pablo. *La obligación (concepto, estructura y fuentes)*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Unidas, 1989, pp. 34-35.

² BELTRÁN HEREDIA Y ONIS, Pablo. Op. Cit., p. 37.

³ Empero, para algunos el interés del acreedor sería un elemento constitutivo de la relación obligatoria (Bianca), lo cual no nos parece del todo lógico, ya que los intereses de los individuos vienen a ser precisamente realidad extrajurídicas que sirven para configurar los

crédito y la deuda (es decir, el acreedor y el deudor respectivamente) son considerados como meros presupuestos de la relación, aunque no de menor importancia.

El crédito, dentro de este marco de ideas, es considerado muy elementalmente como un derecho subjetivo (y, por lo tanto, perteneciente a la misma categoría jurídica del derecho de propiedad y de los derechos potestativos, ya que son situaciones jurídicas subjetivas⁴ de ventaja que tienen la nota común de permitirles a sus titulares desarrollar una actividad lícita sobre un objeto para satisfacer sus propios intereses). Sin embargo, esta inclusión del crédito dentro de la categoría genérica de los derechos subjetivos resulta insuficiente y puede conducir a peligrosas equivocaciones. Veamos.

El derecho de propiedad, contiene un haz de facultades que autoriza a su titular a actuar directamente sobre el bien que constituye su objeto para usarlo y disfrutarlo, sin requerir la colaboración o cooperación activa de otros sujetos, los cuales únicamente tendrían que abstenerse de interferir en el ejercicio del derecho si entran en contacto con el bien sobre el que recae la propiedad⁵. Por esta razón, el derecho de propiedad es autosuficiente para que

instrumentos legales de los cuales el derecho se sirve para realizarlos. En este sentido, el vínculo obligatorio es un instrumento para la realización de intereses, por ende lo que está dentro del “instrumento” lógicamente es distinto del objeto al que tiende (el interés). Lo cual es aceptado, inclusive, por quienes le dan la posición de un elemento constitutivo. Así Bianca sostiene: “El interés es elemento constitutivo de la relación obligatoria, en el sentido que la obligación es esencialmente instrumento de satisfacción del interés del acreedor”: BIANCA, Massimo. “El interés”. En *Ius et veritas*. Núm. 9, 1998, p. 112.

⁴ “[L]as situaciones jurídicas subjetivas no son sino el resultado de la valoración discrecional que el ordenamiento hace de los diversos intereses y en particular de aquellos que considera tutelables”: GAZZONI, Francesco. *Manuale di diritto privato*. VII edición. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1998, pp. 55-78.

⁵ En este sentido, para José Luis de los Mozos: “la peculiaridad del derecho real está en que la relación jurídica se desenvuelve entre un sujeto activo determinado y unos sujetos pasivos indeterminados, los cuales no vienen constituidos por la comunidad, como entendía la doctrina tradicional, sino por aquellos que pueden tener de hecho la posibilidad de ingerirse en la cosa, a los que incumbe una específica obligación de respeto y aún conservación del derecho ajeno (sancionada esta última, en otro sentido, por la responsabilidad aquiliana)”: DE LOS MOZOS, José Luis. *Derecho civil (método, sistemas y categorías jurídicas)*. Ob. Cit., pp. 313–314. Así también para Emilio Betti: “Debe ponerse en claro que tales concepciones bordean el absurdo, cuando no caen en él, puesto que es absolutamente falso que el derecho real no sea

su titular realice con su sola conducta sus propios intereses o, en otras palabras, no requiere para ser ejercitado de la intervención de una conducta o esfera jurídica ajena al de su titular, por lo cual es considerado un derecho absoluto⁶.

Por el contrario, estas características no se presentan en el crédito, porque este derecho requiere de la cooperación de un sujeto distinto al acreedor que tenga a su cargo la obligación de realizar un determinado comportamiento útil. Entonces, el crédito por sí mismo es insuficiente para que el acreedor realice sus intereses y necesita estar conectado a otra situación jurídica denominada deuda u obligación, que se resuelve en un específico deber jurídico.

De otro lado, los derechos potestativos se presentan como categorías más cercanas al crédito porque existen, también, dentro de relaciones jurídicas y conectadas a situaciones de desventaja a cargo de otros sujetos, denominadas estados de sujeción. En efecto, el derecho potestativo otorga a su titular la facultad de modificar unilateralmente la esfera jurídica de otro sujeto o la suya propia en relación a otro (u otros) sujeto(s) creando nuevas situaciones jurídicas⁷, por lo que estos derechos también han sido llamados “derechos

“ab origine” una relación jurídica en la que estén presentes un sujeto activo y, aunque sea indeterminadamente, unos sujetos pasivos. La verdad es que no son tales “todos” los sujetos pasivos, sino solamente aquellos que pueden llegar a estar de hecho, en contacto con la cosa”: BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*. Tomo I. Ob. Cit., p. 4.

⁶ En este sentido Enrico Moscati afirma: “che in tutti i diritti assoluti vi sia una perfetta coincidenza tra esercizio del diritto e realizzazione dell'interesse, è agevole rispondere che ciò si verifica appunto perché oggetto immediato del diritto è lo stesso bene idoneo a soddisfare l'interesse del titolare del potere”: MOSCATI, Enrico. *La disciplina generale delle obbligazioni: corso di diritto civile*. Ob. Cit., p. 7.

⁷ Siguiendo a Natalino Irti, se entiende por derecho potestativo al “poder de constituir modificar o extinguir —con una declaración propia, o con un pronunciamiento del juez— una relación jurídica. Es un poder que como se suele precisar, opera en la esfera jurídica ajena, sin que la contraparte tenga el deber o la carga de desenvolver ningún comportamiento. (...) [L]a parte ante la cual se ejerce el derecho potestativo no está obligada a hacer, a no hacer ni a tolerar nada, tampoco de producir por si solo un determinado efecto, es decir de establecer, con su propia voluntad, una distinta *conformación* de derechos y deberes ajenos”: IRTI, Natalino, *Introducción al estudio del derecho privado*. Traducción de Rómulo Morales Hervías y Leysser L. León. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2003, pp. 106-107.

formativos”. Sin embargo, en estos casos el rol del sujeto pasivo sobre cuya esfera se ejerce el derecho es de absoluta inactividad, ya que no puede hacer más que esperar que la modificación jurídica se produzca. Lo cual depende enteramente del titular de la potestad. Por eso mismo a la situación que se contrapone a la potestad se denomina estado de sujeción.

Este estado de sujeción no se presenta en los créditos donde la conducta del deudor constituye el elemento central de la relación jurídica. Precisamente porque sólo su cooperación en la ejecución de la conducta que es útil para el acreedor, puede realizar de manera normal el interés que subyace al crédito, esto se da, como correctamente afirma MOSCATI, porque el titular del crédito no tiene la posibilidad de realizar su propio interés a través de un simple acto de ejercicio de su propia facultad⁸.

En consecuencia, el crédito presenta características específicas que lo individualizan y diferencian radicalmente de otros derechos considerados dentro del mismo género de “derechos subjetivos”, ya que es la única situación de ventaja que requiere de la activa cooperación⁹ de otro sujeto -el deudor- para verse plena y normalmente realizado.

Esto nos lleva inevitablemente a variar el centro de gravitación, en el vínculo obligatorio, desde su lado activo al “pasivo”, es decir, a la deuda u obligación, ya que esta es su elemento caracterizador. La deuda u obligación pertenece a la categoría genérica de los deberes jurídicos¹⁰, con la diferencia

⁸ MOSCATI, Enrico. *La disciplina generale delle obbligazioni: corso di diritto civile*. Ob. Cit., p. 12.

⁹ Siguiendo a Emilio Betti, con respecto al papel de la cooperación en el derecho de las relaciones obligatorias coincidimos en que: “en las relaciones obligatorias se resuelve un problema de cooperación o de reparación en las hipótesis de responsabilidad aquiliana. Veremos cómo la idea de cooperación es el hilo conductor que sirve para orientar al jurista a través de las cuestiones más importantes del derecho de las obligaciones”: BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*. Tomo I. Op. Cit., p. 3

¹⁰ En este orden de ideas, para José Luis De los Mozos: “La obligación que es objeto de estudio en el Derecho de obligaciones es algo más que un deber jurídico, porque todas las obligaciones son deberes jurídicos, pero no todos los deberes jurídicos son obligaciones, y cuando hablamos de obligación nos referimos a una clase de deber jurídico, el que existe entre

de tener un contenido estrictamente patrimonial y estar encaminada a realizar el interés de una persona determinada, a saber, el interés del acreedor¹¹.

La deuda u obligación como todo deber jurídico tiene por contenido el actuar un determinado comportamiento considerado valioso y adecuado para realizar un específico interés jurídicamente calificado como relevante o digno de tutela. Asimismo, su inobservancia es castigada con una determinada sanción lo cual también es una nota común a todos los deberes jurídicos. Sin embargo, en el caso de la deuda u obligación, aquel comportamiento a ser actuado es una prestación y su incumplimiento está sancionado con un conjunto de medidas que integran la responsabilidad del deudor. Asimismo, otro elemento diferenciador de la deuda, es que el programa conductual en que consiste es de naturaleza esencialmente patrimonial (lo que ha sido denominado en la doctrina el requisito de la “patrimonialidad de la prestación”¹²).

Ahora bien, concentrándonos en este último elemento del vínculo obligatorio, se entiende por prestación al programa conductual que el deudor se compromete a ejecutar y que al materializarse como un hecho atribuible a aquel

el deudor y acreedor.” DE LOS MOZOS, José Luis. *Derecho civil (método, sistemas y categorías jurídicas)*. Op. Cit., p. 310.

¹¹ En este sentido, Bianca sostiene: “Que el interés creditorio sea elemento constitutivo de la obligación debe, sin embargo, ser reafirmado en cuanto ello responde a un principio que debe ser entendido como fundamental del ordenamiento jurídico, o sea el principio que los derechos son posiciones atribuidas al sujeto para la tutela de su interés”: BIANCA, Massimo. “El interés”. Ob. Cit., p. 112.

¹² Respecto a la patrimonialidad de la prestación, Michele Giorgianni sostiene que “para averiguar si una determinada prestación es patrimonialmente valorable, debe ser tomado en consideración el ambiente jurídico social en que la obligación surge. La valorabilidad pecuniaria de una prestación viene a indicar que en un determinado ambiente jurídico social, los sujetos están dispuestos a un sacrificio económico para gozar de los beneficios de aquella prestación y que esto pueda tener lugar sin ofender los principios de la moral y los usos sociales además de por supuesto la ley”: GIORGIANNI, Michele. *La obligación (la parte general de las obligaciones)*. Ob. Cit., pp. 43-44. Siguiendo esta misma línea de pensamiento, en sede nacional, Hugo Forno Flores, sostiene que la patrimonialidad de la prestación si bien depende del ambiente jurídico social en que ella nace, en nuestro sistema jurídico sí se encuentra un sustento normativo para exigir como requisito de la prestación su carácter patrimonial: “Si concordamos las disposiciones contenidas en los artículos 1351° y 1421° podemos concluir que al menos en el ámbito contractual (y el contrato es el más importante y extensa de las fuentes de obligación) la obligación debe tener un contenido económico”: FORNO FLORES, Hugo. “Apuntes sobre el contenido patrimonial de la obligación”. En *Advocatus*. Núm. 1, 1990, p. 26.

sujeto lo libera de su obligación. Por esto se afirma que la prestación es el objeto del deber del deudor. Sin embargo, la prestación también puede ser vista como un objeto al cual el acreedor aspira ya que ha sido configurada atendiendo a sus intereses, pues, la prestación no se agota en la descripción de la conducta que debe ejecutar el obligado, sino también representa la posibilidad para el acreedor de recibir un bien o, para ser más exactos, una determinada utilidad¹³.

Entonces, el vínculo obligatorio puede verse desde dos puntos de vista, desde la perspectiva del acreedor será un derecho a exigir la realización de una conducta, mientras que para el deudor será un deber jurídico de realizar la precisa conducta que el acreedor espera. El derecho y el deber son conceptos correlativos que no pueden concebirse aisladamente, y son más bien en anverso y reverso de una sola, única e inescindible entidad, a saber, el vínculo obligatorio¹⁴.

Por esto, Franz Schreiber, hace casi un siglo, afirmaba que:

¹³ En este sentido, la denominada prestación en sentido subjetivo (comportamiento comprometido por el deudor) y la prestación en sentido objetivo (utilidad a ser percibida por el acreedor), integran una sola e indisoluble unidad a la que denominamos prestación. En este sentido, para Piero Schlesinger: "(...) la llamada prestación subjetiva y la llamada prestación objetiva están inescindiblemente vinculadas en la unitaria configuración de la relación obligatoria, de manera que no es admisible hablar de cumplimiento de la obligación ni cuando la realización del resultado se verifique independientemente de la realización de la conducta debida, ni cuando el comportamiento desplegado por el deudor no procure al acreedor el bien por este perseguido. En consecuencia es necesario restringir el concepto de prestación objetiva solo al resultado causalmente referible a la conducta del obligado y extender el concepto de prestación subjetiva a la realización del resultado que constituye consecuencia de la actividad del deudor.": SCHLESINGER, Piero. "Reflexiones sobre la prestación debida en la relación obligatoria". En *Themis. Segunda Época*. Núm. 38, 1998, p. 64.

¹⁴ En este sentido, Luigi Mengoni sostiene que: "El deber del deudor y el derecho de crédito son expresiones simultáneas de la norma, sin que pueda decirse que uno deriva del otro, sino que están unidos en una relación tal que el valor de uno es una función del otro. Correspondientemente, el valor de realización del deber del deudor, a efectos de la remoción del vínculo, es una función de la realización del crédito. El deber se consume solamente si el comportamiento del deudor 'se descarga' en el resultado previsto por la norma, y asignado como el objeto del derecho del acreedor". MENGONI, Luigi. "El objeto de la obligación". En *Proceso y justicia. Revista de derecho procesal*. Núm. 3, 2002, pp. 127-128.

“Exigencia y deuda se identifican pues con la obligación y representan las dos facetas del mismo concepto, que abarca la relación total”¹⁵.

Es más, para algunos autores, como Luigi Ferri, la categoría genérica de relación jurídica –de cual la relación obligatoria es sólo una especie- significa la indefectible correlación entre las dos figuras del derecho subjetivo y del deber jurídico, como una necesidad racional inmanente a todo ordenamiento jurídico¹⁶.

En este sentido, Luigi Ferri sostiene que:

“El carácter atributivo del derecho consiste precisamente en que la imposición de un deber y la atribución de un derecho son el resultado de una sola proposición jurídica; derecho y deber son dos caras de una única realidad, aunque desde un punto de vista meramente lógico, preceda el deber al derecho, que se presenta como consecuencia del primero. Acertadamente se ha dicho que el derecho subjetivo no está frente al derecho objetivo como algo independiente de él”¹⁷.

Por esta razón, cuando el derecho de crédito circula a través de algún acto de disposición, lo que sucede es que el entero vínculo obligatorio y su objeto (la prestación) también entran en circulación. Tanto la cesión como la constitución de una garantía mobiliaria sobre créditos, así como en la constitución de un usufructo, siempre van a repercutir en la entera relación jurídica obligatoria donde este derecho existe.

Sin embargo, este es precisamente el craso error en el que se ha incurrido en la Ley de la Garantía Mobiliaria al tratar al crédito como un objeto

¹⁵ SCHREIBER, Fritz. *Conceptos y formas fundamentales del derecho: esbozo de una teoría formal del derecho y del Estado sobre base fenomenológica*. Traducción directa del alemán por Eduardo García Maynes. Buenos Aires: Editorial Losada, 1942, p. 248.

¹⁶ FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Traducción de Luis Sancho Mendizaval. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1968, p. 241.

¹⁷ *Ibíd.*, p. 247.

independiente y con sustantividad propia, que puede ser objeto de regulación prescindiendo la de la situación deudora a la que está conectado y que indefectiblemente se verá afectada por cualquier acto de disposición que el acreedor realice sobre el crédito.

Esto, evidentemente, deriva de una visión “cosificadora” de la forma como se produce el tráfico sobre créditos, sólo por el hecho de que en torno al crédito puede darse un ciclo jurídico paralelo al que es posible sobre los bienes muebles (se transmiten, se usufructúan y se pignoran), empero la propia naturaleza de esta clase de derechos exige una singular regulación marcadamente distinta a la prevista para las cosas corporales, porque al otro extremo del vínculo obligatorio siempre se va a encontrar una situación deudora que merece ser protegida.

En este sentido, Díez Pícaso es concluyente al sostener que:

“La teoría de la cosificación de los créditos tiene hondos raíces en la historia del derecho y se concreta, en definitiva, en la consideración de los derechos como cosas corporales. Yo no creo que esta doctrina sea admisible en buena técnica jurídica más que como un puro expediente de ficción”¹⁸.

Esta visión “cosificadora” del derecho de crédito es, precisamente, la que se encuentra en la médula de los defectos en los que se ha incurrido al regular la figura de la doble cesión o concurrencia de cesionarios, prevista en el art. 27° de la LGS, toda vez que se ha ignorado de la peor forma la posición del deudor cedido y la tutela de sus legítimos intereses. Veamos.

4.2. Las posiciones jurídicas a ser tuteladas en la transmisión de los créditos

¹⁸ Díez Pícaso, Luis. “El contenido de la relación obligatoria”. En *Anuario de derecho civil*, Tomo XVII.1964, p. 349-366.

El fenómeno circulatorio de los créditos presenta un dato constante, relativo a la presencia de tres centros de intereses que necesariamente se interrelacionan en el desenvolvimiento de la transferencia a que da lugar¹⁹, a saber, los intereses de: la situación deudora originaria, la situación acreedora originaria y de la nueva situación acreedora. Entonces, toda reglamentación que pretenda regular el fenómeno circulatorio debe previamente haber identificado la variedad de intereses en juego, tanto de los acreedores y como de los deudores. Aquellos intereses del deudor encaminados al mantenimiento de la obligación de manera inmodificable y a la liberación mediante el cumplimiento; así como aquellos del nuevo acreedor a exigir la prestación del deudor, a legítimamente recibirla y mantenerla conservando el contenido de la relación obligatoria como originalmente se concibió.

En este sentido, tenemos que uno de los principios, en los diversos sistemas jurídicos, que rige la entera disciplina de la transmisión de los créditos se concentra en que el deudor cedido se mantenga indemne frente al acreedor-cedente y al acreedor-cesionario por cualquier agravamiento de su situación que pueda causar la cesión y ante cualquier modificación no razonable que se traduzca en un costo adicional y, por lo tanto, en un injustificado agravio²⁰.

A su vez, desde la perspectiva del cedente, su interés está encaminado a disponer del crédito que le pertenece sin requerir la intervención del cedido en el acto de transferencia, lo cual históricamente se ha presentado como el

¹⁹ Sobre el particular Pietro Perlinger afirma que: "La costante presenza della triplice situazione di interessi, alla quale si faceva riferimento poc'anzi, deve aiutare ad individuare la sfera di operatività delle discipline in oggetto e la verifica dell'applicabilità dei principi in esse contenute anche ai diritti personali di godimento e alle situazioni reali limitate caratterizzate da prestazioni ad esse connaturali": PERLINGERI, Pietro. "La circolazione del credito e delle posizioni contrattuali". En *Rivista di diritto civile*, I, 2006, p. 105.

²⁰ PERLINGERI, Pietro. "La circolazione del credito e delle posizioni contrattuali". Op. Cit., p. 103.

fenómeno de la despersonalización del crédito, como un activo susceptible de circular en el tráfico económico²¹.

En cambio, el cesionario pretenderá que el crédito entre efectivamente en su patrimonio y pueda exigir su realización al deudor cedido, lo que implica, dotarlo de un mecanismo que evite que su adquisición sea perjudicada por algún acto en el que intervenga el cedente.

Pero, veamos en más detalle como nuestra regulación de la transmisión de los créditos ha tomado en cuenta el delicado juego de intereses al que estamos aludiendo.

El interés del acreedor-cedente, con respecto a la transmisión, se encuentra perfectamente tutelado cuando se le permite, como lo establece art. 1206° CC, disponer del crédito sin la intervención del deudor cedido o en las palabras del código “sin el asentimiento del deudor” y, además, se protege su posición al permitírsele apartarse de la relación obligatoria, no teniendo que responder –en principio- por la solvencia del deudor cedido (como lo dispone el art. 1213° CC). En consecuencia, del crédito se puede disponer como un activo más –por regla general ya que el art. 1210° del CC y el art. 27°, *in fine*, de la LGM establecen excepciones- sin el asentimiento del deudor cedido y, aún, contra su voluntad mediante un acuerdo celebrado con adquirente del derecho (acreedor-cesionario o nuevo acreedor).

A su vez, los intereses del cesionario se concentran en adquirir el crédito efectivamente, lo que implica poder exigir la realización de la prestación al deudor en los términos y condiciones originalmente pactadas, además, de no ser despojado o verse perjudicado por algún acto realizado por el ex-acreedor–

²¹ “Così lo sviluppo storico in tema di obbligazioni tendenzialmente si avvia non soltanto a realizzare il fenomeno socio-economico de la spersonalizzazione del crédito e, pur se in forma meno accentuata, il fenomeno de la spersonalizzazione del debito, ma anche a considerare il contratto, in quanto tale, un ‘bene’ suscetibile di circolazione”: PERLINGERI, Pietro. “La circolazione del credito e delle posizioni contrattuali”. Op. Cit., p. 105

cedente, como, por ejemplo, que éste, aprovechándose de que el deudor cedido desconoce la transferencia, reciba la prestación, modifique los términos de la obligación primigenia, asuma nuevas obligaciones con el deudor cedido que puedan ser compensadas, etc. Tomando en cuenta estos singulares intereses nuestro ordenamiento dispone en el art. 1211° CC, que la transmisión del crédito comprende los privilegios, las garantías reales y personales, así como los accesorios del derecho transmitido. Inclusive se le faculta a recibir el objeto dado en prenda –garantía mobiliaria- aun sin contar con el consentimiento del deudor cedido o del constituyente de la garantía, lo que resulta cuestionable, ya que implica un cambio del sujeto que asume la condición de depositario que no es consentida por el constituyente de la garantía. A fin de cuentas, todo lo anteriormente afirmado implica que normativamente la situación del cesionario es idéntica al del cedente, por lo que simplemente se considera que se ha sustituido en la titularidad de un derecho que permanece sustancialmente inalterado. Asimismo, el art. 1212° CC, también protege el interés del acreedor-cesionario al imponer al acreedor-cedente la garantía, en principio y salvo que no se haya pactado en contrario, de la existencia y la exigibilidad del crédito, circunstancias de particular relevancia para el adquirente de un derecho personal. De otro lado, el art. 1216° CC le faculta al cesionario a mantener el vínculo obligatorio, a pesar de que la prestación ha sido ejecutada a favor del acreedor–cedente, si es que prueba que el deudor cedido conocía razonable e indubitadamente el acto de cesión²². Asimismo, el art. 1292° CC, también pensando en el cesionario, establece que el deudor que ha consentido que el acreedor ceda su derecho, no pueda oponer al cesionario la compensación que hubiera podido oponer al cedente. Sin embargo, con respecto a los créditos que pueda contraer el deudor, que desconoce la cesión, con el cedente, somos de la opinión que la única opción que el cesionario tiene para evitar que su derecho se perjudique,

²² Empero este “conocimiento” no puede fundarse en un simple rumor que de alguna manera ha llegado al deudor cedido sino que debe fundarse en la existencia de hecho indubitable que pruebe este conocimiento.

por cualquier acto del cedente (recepción de la prestación, compensación, condonación o cualquier otra clase de modificación que pueda sufrir la relación obligatoria), es comunicarlo fehacientemente al deudor, ya que a partir de este momento su derecho podrá ser opuesto, como lo establece el art. 1215° CC. Hasta antes de este momento el acreedor-cedente puede realizar cualquier acto en el perjuicio del cesionario.

Como es de observarse nuestro ordenamiento civil ha establecido específicos mecanismos que tutelan los singulares intereses del acreedor-cesionario, a saber: interés en la identidad del crédito (art. 1211° CC), interés en que el crédito exista y pueda ser exigido (art. 1212° CC), interés en no ser perjudicado por un acto del cedente a través de la comunicación fehaciente al deudor (art. 1215° CC).

Sin embargo, la relación obligatoria es más que un simple vínculo jurídico entre dos situaciones jurídicas, sino como lo expresa Díez Pícaso, es “un pedazo o corte de vida social, que aparece perfectamente organizado dentro del ordenamiento jurídico por un especial principio jurídico y por una especial función económica o social, que está llamado a realizar. Algo en suma, perfectamente institucionalizado. De esta naturaleza orgánica o institucional de la relación jurídica deriva el que todos los derechos, los deberes, las facultades y las titularidades o cargas de los sujetos se encuentren orgánicamente agrupados en torno a la relación”²³.

De allí que regular la transmisión de los créditos pensando exclusivamente en la posición de los acreedores, resulta un grave error, toda vez que junto con las facultades inmanentes al crédito conviven, del lado del deudor, legítimos intereses, cargas y acaso facultades²⁴. En efecto, la situación

²³ DIEZ PÍCAZO, Luis. “El contenido de la relación obligatoria”. Ob. Cit., p. 350.

²⁴ “El crédito es, ante todo, una situación jurídica –la situación de crédito o la posición acreedora- donde confluyen –es cierto- facultades, pero donde confluyen también cargas y acaso deberes; la deuda es otra situación jurídica –la situación de deuda o la posición deudora-

deudora si bien está formada fundamentalmente por una porción de deberes, “pero donde hay también una porción de facultades a través de las cuales el ordenamiento jurídico protege legítimos intereses”²⁵.

En efecto, en torno a la situación deudora el ordenamiento tutela el derecho que el obligado tiene a liberarse de la obligación a través del pago por consignación cuando el acreedor se niegue injustificadamente a recibir la prestación (arts. 1251° al 1255° CC), y, en aquellos casos que la consignación no sea posible, a constituir en mora al acreedor trasladándole el riesgo de la imposibilidad de la prestación y haciéndole pagar por los daños que pueda haberle generado su falta de cooperación cuando sea imprescindible para ejecución de la prestación (arts. 1338° al 1340° del CC).

Sobre el particular, en sede nacional, Barchi Velaochaga, sostiene que:

“Lo que podemos constatar es un interés jurídicamente protegido del deudor en relación a su liberación y a no ver agravada su posición como consecuencia de la omisión de la cooperación del acreedor. En tal sentido el ordenamiento jurídico le proporciona dos instituciones: los procedimientos liberatorios y la mora del acreedor”²⁶.

Sobre el primero, correctamente se sostiene que constituye un derecho potestativo. En este sentido, agrega Barchi Velaochaga que:

“La posibilidad del deudor de recurrir a este mecanismo constituye un derecho potestativo extintivo y, en tal sentido, no tiene como correlato un deber de colaborar, sino el sometimiento o sujeción del acreedor a tener

donde confluyen fundamentalmente deberes, pero donde hay probablemente también facultades”: DIEZ PICAZO, Luis. “El contenido de la relación obligatoria”, Ob. Cit., p. 351.

²⁵ DIEZ PICAZO, Luis. “El contenido de la relación obligatoria”. Ob. Cit., p. 361.

²⁶ BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. “¿Mora del acreedor? Necesidad de algunas precisiones”. En *Negocio jurídico y responsabilidad civil: estudios en memoria del profesor Lizardo Taboada Córdova*. Lima: Grijley, 2004, p. 657.

que admitir los efectos que se produzcan (extinción de la relación obligatoria)”²⁷.

Así, el derecho a la liberación de la obligación se le otorga al deudor, “[t]anto por razones de carácter moral, como social, como económicas y jurídicas, el deudor tiene que cumplir pero se le tiene también que permitir este cumplimiento; tiene interés en que cese aquella situación cuando llegó el momento en que debería cesar. De aquí su derecho a liberarse de la obligación que, normalmente, se hace de un modo voluntario; pero cuando esto no es posible, la ley permite la liberación de un modo coactivo, significando esta coactividad que se hace sin y aún contra la voluntad del acreedor que no hizo, por su parte, aquello que la ley le exigía para que, cobrando, quedase liberado el deudor”²⁸. En efecto, “[c]on independencia en su catalogación en el concepto de derecho subjetivo, el deudor tiene un interés en liberarse de la obligación, que es de justicia que no se vea entorpecido y que supone una posibilidad económica que forzosamente tiene que pesar en el futuro de sus relaciones. Pero que, además, está directamente protegido por la ley; la protección presenta dos momentos distintos, uno de carácter genérico y otro específico para el cumplimiento. Genéricamente, no cabe duda que si aquel interés existe (y que con independencia de la estricta relación obligatoria en la que el acreedor tiene su derecho) tiene que ser respetado por todos, por aplicación del principio general de que nadie puede lesionar la esfera jurídica ajena”²⁹.

El derecho a la liberación del deudor, en el contexto de transmisión del crédito, se manifiesta en la posibilidad que tiene de liberarse si desconociendo la cesión ejecuta la prestación a favor del acreedor-cedente (interpretando a *contrario sensu* el art. 1216° del CC) y a que la transmisión no le sea oponible hasta que no se le haya notificado fehacientemente (art. 1215° CC). Inclusive,

²⁷ *Ibíd.*, p. 657.

²⁸ BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José. *El cumplimiento de las obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1976, p. 471

²⁹ *Ibíd.*, p. 472.

la cesión resulta ineficaz cuando se oponga a la naturaleza de la prestación, en el sentido que la altere sustancialmente impidiendo que el deudor pueda ejecutarla en los términos en que originalmente fue configurada (art. 1210° CC).

Esta idea, de tutelar las tres posiciones jurídicas que entran en juego durante la transferencia del crédito y, especialmente, la posición del sujeto que *no ha intervenido* –por regla general- en el acto de transferencia, tal como lo se ha detallado en nuestro Capítulo Primero, ha acompañado toda la evolución de nuestra figura, remontándose en los siglos desde el derecho romano y conservándose entre las reglas básicas que delinean sus contornos en los ordenamientos jurídicos modernos hasta la actualidad.

Así, en el derecho romano, el *procurator in rem suam* –que encarna la más primitiva idea de cesionario-, si bien se presentaba en juicio como un representante del cedente, a través del ejercicio de una “actio utilis” o acción propia, podía hacer “suyo” el crédito notificando al deudor del crédito sobre la existencia del acto de “apoderamiento”, que se denominó la *denuntiatio*, con el efecto fundamental de que el deudor ya no podía pagar con efectos liberatorios a su primer acreedor y, además, evitar que el crédito se perjudicara por actos en los que interviniera su cedente-mandante, tales como una condonación, compensación, etc. En otras palabras, para efectos prácticos, el *procurator in rem suam* se convertía en el nuevo titular del crédito.

El diseño de esta figura romana, que hunde sus raíces en una visión esencialmente pragmática del fenómeno jurídico que tiene lugar en la circulación de un crédito, en donde las tres esferas de intereses se hallan implicadas y, especialmente, la figura del deudor del crédito adquiere una particular importancia, siendo el basamento de las futuras regulaciones en los códigos decimonónicos e, inclusive, en los más recientes tratados internacionales que versan sobre la circulación de los créditos.

Así, en el sistema francés, para que los actos de disposición sobre el crédito produzcan efectos contra el deudor del crédito enajenado o contra terceros distintos a este, *necesariamente* debe realizarse un acto posterior al acuerdo, consistente en la notificación. Por ejemplo, en materia de cesión de créditos el art. 1.690 del *Code Civil*, taxativamente dispone la notificación al deudor cedido para que la cesión tenga efectos, reconociendo, además, en su art. 1961°, el derecho del deudor a liberarse de la obligación si paga al cedente antes de efectuada la notificación. Régimen que se replica para otros actos de disposición sobre el crédito, tal como la prenda sobre créditos, donde conforme al art. 2.075°, la pignoración del crédito no se considera realizada sino hasta que se haya “*notificado al deudor del crédito dado en prenda*”. En consecuencia, como correctamente se ha expresado, en el sistema francés: “la notificación constituye, por tanto, el momento decisivo: fija definitivamente, respecto al cesionario, la situación que para él resulta de los actos realizados por el cedente. No sólo impide que éste, por medios de actos posteriores, afecte el valor del crédito, sino que también impide que puedan variarse, en perjuicio del cesionario las consecuencias de las relaciones jurídicas que habían existido entre el deudor y su primitivo acreedor”³⁰.

Esta idea de proteger al deudor cedido, a través de la comunicación del acto de transmisión, adquiere una particular importancia en el Código Civil alemán (BGB), donde si bien el crédito por el sólo acuerdo de cesión se transmite inmediatamente al cesionario (§ 398 del BGB), la esfera jurídica del deudor está expresamente protegida en los §407 y §408, los cuales giran en torno a la idea directriz de que el deudor, al no intervenir en la transmisión del derecho, puede legítimamente desconocerla en absoluto, circunstancia que no lo perjudica. En este sentido, el §407 establece que si el deudor antes de tener noticia de la cesión, realiza algún acto referido al crédito con el antiguo acreedor (pago, transacción, compensación, etc.), podrá oponérselo al nuevo acreedor

³⁰ PLANIOL, Marcelo-RIPERT, Jorge. *Tratado práctico de derecho civil francés.* Tomo VII. Ob. Cit., p. 456-457.

(cesionario) liberándose del vínculo obligatorio. Salvo que el cesionario pruebe que el deudor sabía la cesión. Esta regla de protección al deudor se extiende al § 408, que alude al conflicto que se presenta cuando el deudor cedido, desconociendo la primera cesión, ejecuta la prestación a favor de un segundo pseudo-cesionario o realiza con este algún negocio relativo al crédito. Pero cuando estamos ante cesiones múltiples, el BGB no olvida proteger la esfera de intereses del deudor cedido que, desconociendo la primera transferencia, podría ejecutar la prestación a favor de un tercero que aparenta ser el acreedor. En estos casos, de acuerdo al ordenamiento alemán, si bien no existe cumplimiento, ya que el primer cesionario es el único legitimado a recibir el pago y no los siguientes pseudo-cesionarios, pese a ello el deudor que ejecutó la prestación se liberaría del vínculo obligatorio. Salvo que el cesionario pruebe fehacientemente que el deudor tenía conocimiento suficiente y digno de crédito de la primera transferencia efectuada.

A su vez, en el sistema italiano, el *Codice Civile* de 1942 establece que para la eficacia de la cesión –es decir, para que el crédito entre en la esfera jurídica del adquirente y este sujeto pueda ejercitar las facultades inherentes al derecho- se requiere de un hecho adicional consistente en la denominada “aceptación” o “notificación” al deudor cedido (art. 1264° del CC italiano). Asimismo, el segundo párrafo de este último artículo del *Codice Civile*, regula el supuesto en el cual el deudor cedido no se libera de la obligación si ejecuta la prestación a favor del acreedor cedente si es que conocía inequívocamente la existencia de un acuerdo de cesión sobre el crédito. Esto implica que si no estaba enterado, de una manera segura e indudable, sobre el acuerdo de cesión se liberará del vínculo obligatorio, no porque se haya realizado el pago de buena fe a un acreedor aparente, sino porque se ha pagado al verdadero acreedor al no haberse perfeccionado la transferencia. Asimismo, tomando en cuenta que en este sistema, el crédito no se transfiere sino hasta que haya sido notificada o aceptada por el deudor cedido, el art. 1265° del *Codice* establece que cuando el crédito ha constituido objeto de varias cesiones a personas

diversas, prevalece la cesión notificada primeramente al deudor o aquella que ha sido aceptada por el deudor, por acto de fecha cierta, aún cuando la misma sea de fecha posterior. Siendo esta regla extensible a la constitución de usufructo o de prenda sobre el crédito. Resulta evidente que esta regulación también ha sido construida cautelando la posición del deudor cedido, en base a dos pilares fundamentales, a saber: (i) el derecho que este sujeto tiene a no verse afectado en su situación jurídica por el acto de disposición; y, (ii) a liberarse de la deuda pagando a quien se presenta como el sujeto legitimado a recibirla, sin que tenga que hacer ulteriores indagaciones.

Esto también puede apreciarse en el sistema español, en donde si bien el acto de cesión es perfectamente eficaz por el sólo hecho de su celebración, según el art. 1527º de su Código Civil español, el deudor, que antes de tener conocimiento de la cesión satisfaga al acreedor, quedará libre de la obligación, lo cual ha sido calificado como un especial supuesto de liberación por pago a un acreedor aparente, ya que no puede ser reputado como un pago legítimo el realizado al cedente. Así, la cesión es plenamente eficaz desde el momento de su celebración y, por tanto, el cesionario adquiere inmediatamente el derecho y, lógicamente, la legitimidad exclusiva de recibir el pago. En este caso, la liberación del obligado descansa sobre la protección del interés del deudor, de su confianza en la apariencia jurídica, la falta de conocimiento de la cesión y su derecho a liberarse de la obligación.

Saliéndonos del mundo del *civil law*, vamos a encontrar que en los sistemas influenciados por el *commom law*, la protección de los intereses del deudor cedido también juega un rol determinante en las operaciones donde un acto de disposición sobre el crédito tiene lugar. Así, el art. 9º del Código Uniforme de Comercio (*Uniform Commercial Code* o UCC) en su § 9-406 regula el supuesto de liberación del deudor de una cuenta (crédito) antes de la notificación de la cesión y la prueba de este acto de disposición efectuado sobre un crédito. Frente a la transferencia del crédito, el UCC no pasa por alto la existencia inexorable de tres centros de intereses que deben ser considerados,

entre los cuales resalta la posición del deudor cedido quien no puede ser perjudicado por un acto disposición sobre el cual no tiene ningún control. Por esta razón, el UCC aproximándose inevitablemente a las soluciones establecidas en los códigos europeos decimonónicos, protege la posición del deudor cedido mediante la notificación efectiva que deben realizar el cesionario o el cedente acompañando una prueba razonable de la existencia de la cesión, lo cual no hace sino reconocer el derecho esencial del deudor de liberarse de la obligación y mantener inalterada su posición jurídica.

Esta idea tan esencial, como no podía ser de otra manera, se ha tomado en cuenta en la redacción de la *Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias de la OEA*, para la cual cuando un crédito es usado para garantizar otro crédito de otra relación obligatoria, se produce una conjunción de tres centros de intereses, posiciones o situaciones jurídicas subjetivas. La del deudor garante, constituyente de la garantía y acreedor del crédito afectado, la del acreedor asegurado, que es el titular del derecho de garantía y acreedor del crédito asegurado y, finalmente, la posición del deudor del crédito afectado, que responde después de la constitución de la garantía frente a dos sujeto a saber: hacia el Deudor Garante en su condición de titular del crédito (acreedor) y hacia el Acreedor Asegurado como titular de un garantía mobiliaria sobre el crédito, el cual tiene un derecho preferente para recibir la prestación. Siendo que, la posición de este último sujeto esta cuidadosamente protegida en el Capítulo III de la Ley Modelo en los arts. 13° al 19°, bajo la premisa de que al no haber participado en el acto de disposición del crédito, su situación no puede ser alterada, reconociéndose, además, su derecho a la liberación del vínculo obligatorio por el pago efectuado al acreedor original. En este sentido, el art. 15° de la Ley Modelo, establece que la garantía mobiliaria otorgada sobre Créditos, no podrá modificar la relación jurídica subyacente ni hacer más onerosas las obligaciones del Deudor del Crédito cedido sin su consentimiento y el art. 16° de la misma Ley Modelo, prescribe que el Deudor del Crédito puede oponer en contra del Acreedor Garantizado todas la excepciones derivadas del

contrato original o cualquier otro contrato que fuere parte de la mismo. También puede oponer cualquier otro derecho de compensación en contra del Acreedor Garantizado. Ahora bien, para que sea oponible al Deudor del crédito la existencia de un Acreedor Garantizado o un nuevo acreedor (cesionario) hacia quien ejecutar la prestación a su cargo, *deberá previamente notificársele* con el acto de disposición. Razón por la cual, el art. 17° de la Ley Modelo le otorga al deudor del crédito el derecho de liberarse de la obligación pagando al acreedor originario (deudor garante) antes de tener un conocimiento indubitable de la cesión efectuada, mientras que el art. 18° de la Ley Modelo, en el supuesto de los actos de disposición múltiples, le otorga el derecho a liberarse ejecutando la prestación “*de conformidad con las instrucciones enunciadas en la primera notificación recibida*”.

Así también, en el *Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales* de Roma³¹ (en adelante C.R.), donde no se dejó de proteger la posición del deudor cedido ante una eventual transmisión del crédito. En este sentido, Francisco J. Garcimartín Alférez y Ivan Heredia Cervantes, comentando el art. 12° del C.R. sostienen que: “En algunos ordenamientos el problema de la doble cesión y los conflictos de prioridad entre cesionarios se considera una cuestión relativa a la transferibilidad del crédito y no una cuestión de naturaleza real, al entenderse que una vez cedido el crédito, el cedente ya no posee ningún tipo de derecho sobre él y por tanto no podría transferirlo de nuevo, lo que podría inducir a pensar que estas cuestiones quedarían incluidas dentro del ámbito de aplicación del CR y que su regulación correspondería al art. 12³².2°. tal interpretación debe, sin embargo, ser rechazada. Como ya hemos señalado, la función del art. 12.2.° es una función de protección de la

³¹ Abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, hecho en Funchal el 18 de mayo de 1992.

³² C.R. Artículo 12° (Cesión de crédito).- 1. Las obligaciones entre el cedente y el cesionario de un crédito se regirán por la Ley que, en virtud del presente Convenio, se aplique al contrato que les ligue; 2. La Ley que rija el crédito cedido determinará el carácter transferible del mismo, las relaciones entre el cesionario y el deudor, las condiciones de oponibilidad de la cesión al deudor y el carácter liberatorio de la prestación hecha por el deudor.

posición del deudor, y, por tanto, el elenco de cuestiones por él reguladas debe limitarse a lo estrictamente necesario para garantizar que el marco de los derechos y obligaciones del *debitor debitoris* no se vea alterado como consecuencia de la incertidumbre asociada a la existencia de más de un cesionario, manteniendo inmutables las condiciones en las que quedaría liberado de su obligación. De esta forma, lo que realmente importa para el deudor en los supuesto de doble cesión no es pagar al verdadero propietario sino tener la certeza de que quedará liberado de la deuda”³³.

Asimismo, la *Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional* (abierta a la firma de todos los Estados en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, hasta el 31 de diciembre de 2003) en sus arts. 15° al 18° establecen normas que tutelan la posición del deudor de una obligación dineraria ante la cesión de una crédito³⁴ de carácter internacional³⁵, las cuales esencialmente están encaminadas a mantener la inmutabilidad de la obligación³⁶, a que se le notifique la cesión en un idioma que razonablemente pueda entender³⁷ y su derecho a liberarse de la obligación

³³ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. y HEREDIA CERVANTES, Ivan. “La cesión de créditos: reflexiones sobre los problemas de la ley aplicable”. En *Anuario de derecho civil*. Tomo LVI, Fascículo III. Julio–set. 2003, p. 989.

³⁴ Así, según el literal a) del art. 2° de la Convención: “Por “cesión” se entenderá la transferencia consensual por una persona (“cedente”) a otra (“cesionario”) de la totalidad, de una fracción o de una parte indivisa del derecho contractual del cedente a percibir una suma de dinero (“crédito”) de un tercero (“deudor”). La creación de derechos sobre créditos a título de garantía de una deuda u otra obligación se considerará transferencia”.

³⁵ Según el art. 3° de la Convención el carácter internacional de la cesión está determinado de acuerdo a los siguientes criterios: “Carácter internacional.- Un crédito será internacional si, en el momento de celebrarse el contrato originario, el cedente y el deudor están situados en distintos Estados. / Una cesión será internacional si, en el momento de celebrarse el contrato de cesión, el cedente y el cesionario están situados en distintos Estados”.

³⁶ El literal 1. del art. 15° de la Convención establece: “1. De no disponer otra cosa la presente Convención, y salvo el consentimiento del deudor, la cesión no afectará a los derechos y obligaciones de éste ni a las condiciones de pago estipuladas en el contrato originario”.

³⁷ El literal 1. del art. 16° de la convención prescribe: “Tanto la notificación de la cesión como las instrucciones de pago surtirán efecto una vez recibidas por el deudor si constan **en un idioma en el que razonablemente quepa prever que el deudor quedará informado de su contenido**. Es suficiente que la notificación de la cesión o las instrucciones de pago consten en el idioma del contrato originario” (evidenciado nuestro).

efectuando el pago conforme al contrato originario antes de la notificación³⁸. Asimismo, ante las cesiones múltiples del derecho de crédito por el mismo cedente, el deudor queda liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con la primera notificación que reciba³⁹. Sin embargo, la prelación entre los cesionarios, en el caso que el deudor aún no ejecute la prestación, se determina en función del orden en que se hayan inscrito en el registro previsto en la sección II del Anexo del Convenio y de no haberse inscrito ninguna de las cesiones, el orden de prelación se determina en función del orden de celebración de los respectivos contratos de cesión⁴⁰.

Inclusive, entrando de lleno en un contrato de índole mercantil y de carácter internacional, que implica la transferencia masiva de créditos como es el *factoring internacional*, tenemos que la *Convención de UNIDROIT sobre Factoring Internacional* (en adelante la CUFI), establece que la cesión de créditos no implica perjuicio alguno para el deudor del crédito cedido (incisos 1. y 2. del art. 9^{o41}) y que debe ser notificada a los deudores (literal c) del numeral

³⁸ Así lo establece el literal 1 del art. 17° de la Convención, según el cual: “1. Hasta que reciba la notificación de la cesión, el deudor podrá liberarse de su obligación efectuando el pago de conformidad con el contrato originario”.

³⁹ Literal 4. del art. 17° de la Convención, según la cual: “4. El deudor, de serle notificada más de una cesión efectuada por el mismo cedente de unos mismos créditos, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con la primera notificación que reciba”.

⁴⁰ De conformidad con el art. 1° de la Sección I del Anexo del Convenio: “Prelación entre varios cesionarios: Entre los cesionarios de un mismo crédito del mismo cedente, la prelación del derecho de un cesionario sobre el crédito cedido se determinará en función del orden en que se hayan inscrito los datos sobre la cesión con arreglo a la sección II del presente anexo, independientemente de la fecha de transferencia del crédito. De no haberse inscrito esos datos, el orden de prelación se determinará en función del orden de celebración de los respectivos contratos de cesión”.

⁴¹ Art. 9 de la CUFI:

1. – En caso de que el cesionario demande del deudor el pago de un crédito proveniente de un contrato de compraventa de mercaderías, el deudor podrá oponer al cesionario todos los medios de defensa que deriven del contrato y que habría podido invocar si esa acción hubiese sido ejercitada por el proveedor.

2. – El deudor podrá también oponer al cesionario cualquier compensación relativa a derechos o acciones existentes contra el proveedor a favor del cual nació el crédito y que el deudor pueda ejercitar en el momento en que, conforme a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 8, se notificó la cesión por escrito.

2. del art. 2°). En este sentido, el art. 8° de la CUFI, en su inciso 1., establece que el deudor quedará obligado a pagar al cesionario, solamente si el deudor no tiene conocimiento de un derecho preferencial que asista a cualquier otra persona de recibir el pago y si la notificación por escrito de la cesión: (a) es hecha al deudor por el proveedor o por el cesionario conforme a un poder conferido por el proveedor, (b) identifica en forma razonable los créditos cedidos al cesionario a quien o por cuenta de quien el deudor debe efectuar el pago y (c) se refiere a créditos que se originan en un contrato de compraventa de mercaderías celebrado en el momento en que la notificación es hecha o antes de ese momento. Así, conforme al inciso 2. de este mismo artículo el pago del deudor al cesionario liberará al deudor si se hace conforme a las instrucciones antes detalladas -(a), (b) y (c)-, sin perjuicio de cualquier otra forma de pago que pueda también liberar al deudor⁴².

Como puede apreciarse en los sistemas jurídicos más importantes del mundo y en los convenios supranacionales que regulan la transferencia de diversas situaciones crediticias, siempre la posición del deudor del crédito cedido es protegida en base, fundamentalmente, a las siguientes líneas directrices:

- (i) Que la cesión del crédito celebrada entre el cedente y el cesionario debe serle **notificada** mediante una comunicación que acredite indubitadamente la legitimidad del nuevo acreedor;

⁴² En nuestro ordenamiento jurídico, la Ley General de Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley N° 26702, en los numerales 4 y 10 del art. 221° establece que las empresas del sistema financiero están facultadas para realizar operaciones de descuento y de *factoring*, pero el art. 4° de la Resolución SBS N° 1021-98 (Reglamento de *factoring*, descuento y empresas de *factoring*), prescribe que la operación de *factoring* debe realizarse con conocimiento de los deudores, a menos que por la naturaleza de los instrumentos adquiridos, dicho conocimiento no sea necesario. En todo caso, el segundo párrafo de este artículo establece que, se presumirá que los Deudores conocen del *factoring* cuando se tenga evidencia de la recepción de la **notificación correspondiente** en sus domicilios legales o en aquéllos señalados en los Instrumentos, o cuando mediante cualquier otra forma **se evidencie indubitadamente** que el deudor conoce del *factoring*.

- (ii) El derecho del cedido a que su posición jurídica no sea alterada en su perjuicio, es decir, a que el contenido de la prestación permanezca en los términos que originalmente haya sido pactado;
- (iii) Que pueda oponer todas las excepciones, vicios y derechos existentes a su favor hasta que el momento de la notificación de la cesión;
- (iv) Su derecho a ejecutar la prestación liberándose de la obligación a favor de quien originalmente era su acreedor (cedente) antes de la notificación de la cesión y,
- (v) liberarse, también, ejecutando la prestación al cesionario que primero haya notificado la cesión, precisamente, porque no se puede imponer al deudor la carga de averiguar quién es titular actual del crédito, situación que, en todo caso, debe estar a cargo de quienes han intervenido en la cesión y que, lógicamente, sacarán beneficios de ella (es decir, el cedente y el cesionario).

Una posición absolutamente distinta asumen los cesionarios concurrentes en el supuesto de las cesiones múltiples del derecho de crédito. En efecto, los subsiguientes cesionarios son terceros con respecto al primer acto de cesión y con respecto a la relación obligatoria que ha circulado con el derecho de crédito. Esto amerita repensar el mecanismo de oponibilidad o prelación entre dos o más cesiones que concurren sobre un mismo crédito, toda vez que no se puede “*notificar*” a todos aquellos que pretendan adquirir el derecho, precisamente porque, a diferencia del deudor cedido, los eventuales cesionarios concurrentes son terceros indeterminados.

En este sentido, las soluciones más comunes que se ha establecido en los diversos ordenamientos jurídicos han variado fundamentalmente entre preferir al cesionario que haya celebrado el primer negocio de cesión (como los sistemas alemán y español) y aquellos que prefieren al cesionario que notificó en primero la cesión al deudor (como los sistemas francés e italiano). Empero, en cualquiera de estos sistemas existe un problema relativo a la desprotección del tercer adquirente de buena fe del crédito quien no tenía posibilidad alguna

de saber si con anterioridad ya se había celebrado un acto de cesión o que el deudor cedido ya había sido notificado con aquel acto de transferencia. En cualquier caso, el sacrificio del segundo adquirente de buena fe resultaba razonable –en la época de las grandes codificaciones- precisamente porque no se contaba con la tecnología adecuada para publicitar las situaciones crediticias a un bajo costo y con rapidez. Circunstancia que actualmente ha sido superada gracias al avance de la informática y el rol determinante que juega en los sistemas registrales.

En efecto, la *Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias de la OEA* (en adelante la Ley Modelo) establece una clara diferencia de tratamiento entre los sucesivos acreedores asegurados con un mismo crédito o eventuales cesionarios, que son terceros que no están integrados originalmente a las relaciones jurídicas existentes entre el Deudor del Crédito, el Deudor Garante y el Acreedor Asegurado. Así, para la oponibilidad de la garantía mobiliaria sobre créditos frente a terceros (entre los cuales *no está el deudor del crédito*), se requiere la inscripción registral de la afectación (sí lo establece literalmente el art. 14° de la Ley Modelo). En efecto, solamente con la inscripción, tal como lo establecen los arts. 10° y 34° de la Ley Modelo, los derechos conferidos por la garantía mobiliaria sobre créditos serán oponibles frente a terceros. En este sentido, la inscripción es considerada como el mecanismo principal para otorgar publicidad –y plenos efectos- al derecho de garantía constituido sobre el crédito.

En igual sentido, la *Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional* ha previsto un régimen de prelación entre cesionarios basado en la inscripción, como textualmente se lee en el art. 1° de la Sección I del Anexo de la Convención según el cual: “la prelación del derecho de un cesionario sobre el crédito cedido se determinará en función del orden en que se hayan inscrito los datos sobre la cesión (...), independientemente de la fecha de transferencia del crédito. De no haberse inscrito esos datos, el orden de prelación se determinará en función del orden

de celebración de los respectivos contratos de cesión”. Como es de verse, la posición de los eventuales adquirentes se halla adecuadamente tutelada poniéndose a disposición de ellos un sistema de publicidad registral –a bajo costo y de gran rapidez- que les permita consultar la existencia de un acto de disposición anterior y, además, alcanzar preferencia ante cualquier otro acto de cesión. Sin embargo, ante esta posibilidad creada esencialmente por los avances de la tecnología informática⁴³ de publicitar registralmente y de manera casi infinita las transferencias de las situación jurídicas personales, surge la interrogante de ¿cómo debe organizarse jurídicamente este especial registro? Esto, precisamente, será estudiado en la siguiente sección.

4.3. El Criterio de preferencia adecuado en la concurrencia de cesionarios: ¿inscripción o notificación?

4.3.1. Sobre la comunicación al deudor cedido

El “conocimiento” se encuadra en la categoría de los hechos intelectivos que expresan una característica esencial: se trata, en efecto, de expresiones puntuales e individuales de la vida, que se concretan en el (adquirido) conocimiento o en la ignorancia de específicos y determinados datos de la realidad respecto a un sujeto⁴⁴.

Es necesario señalar que la importancia o relevancia jurídica de estos “eventos (o estados) psíquicos” de hecho (conocimiento o ignorancia) depende de las diversas y específicas hipótesis normativas que las toman en cuenta. Por eso debemos separar entre las hipótesis legales en las cuales la ley atribuye

⁴³ Como correctamente lo ha explicado Luis Díez Picazo, un cambio en el ordenamiento jurídico puede darse precisamente por un cambio tecnológico de tal relevancia que ha alterado la configuración de las relaciones sociales. En este sentido, sostiene que: “El cambio social, bien sea un cambio tecnológico, bien sea un cambio ideológico, determina un cambio en el ordenamiento jurídico. No es que el ordenamiento jurídico deba cambiar. Es que ha cambiado ya. Cuando el legislador acomete una reforma, cumple una función notarial: constata o da fe de lo que ha ocurrido ya. Y cuando el legislador permanece inmóvil, no hace otra cosa que facilitar los instrumentos espontáneos de reajuste de la vida social (interpretación de readaptación)”: DIEZ PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. 1ra. Edición. Barcelona: Editorial Ariel, 1975. pp. 319.

⁴⁴ PUGLIATTI, Salvatore. *La trascrizione*. Vol. I. Milano: Giuffrè Editore, 1957, p. 226.

relevancia al conocimiento, independientemente de su fuente, y aquellas en las cuales no considera el conocimiento como tal, sino la comunicación de un hecho jurídicamente relevante, por obra de un sujeto determinado⁴⁵.

En este último caso, para que el conocimiento sea relevante jurídicamente, debe emanar de una determinada fuente o ser procurada por una modalidad particular. Entonces, el conocimiento no será relevante como acto intelectual, sino como un hecho jurídico que es el resultado de un procedimiento de comunicación o notificación, cumplido según las formas prescritas en los supuestos normativos.

Ahora bien, en el caso de la cesión de créditos nótese que el procedimiento de la comunicación o notificación tiene como resultado un conocimiento legal (pasando a un segundo plano el conocimiento efectivo que solamente puede ser conseguido por la actividad del mismo destinatario), es decir, un conocimiento jurídicamente calificado que se reduce a una posibilidad acompañada por una probabilidad más o menos intensa de adquirir el conocimiento, que viene considerada como conocimiento (efectivo) solamente desde un punto de vista jurídico⁴⁶.

Dentro de esta clase de procedimientos normativos, encuadramos al art. 1215º CC, el mismo que prescribe que el acuerdo de cesión produce efectos contra el deudor cedido desde que este lo acepta o le es comunicada fehacientemente. En ambos casos, como es de verse, la intención del legislador es que, a través de estos dos mecanismos o procedimientos, pueda considerarse “legalmente” que un sujeto (el deudor cedido) conoce sobre la

⁴⁵ *Ibíd.*, p. 227.

⁴⁶ *Ibíd.*, p. 228. Agrega Pugliatti que: “El conocimiento legal puede ser visto como una vía alternativa al conocimiento efectivo; o puede relevarla, excluyéndose la relevancia del conocimiento efectivo. En la primera hipótesis se tiene un equivalente, en la segunda un sustituto o subrogado del conocimiento efectivo: en uno o en el otro, un fenómeno del todo diferente, derivado de un procedimiento técnico jurídico”.

existencia de un hecho jurídico⁴⁷ (cesión) que implicará una modificación subjetiva en vínculo obligatorio del que forma parte. En el caso de la “aceptación” en realidad estamos ante una declaración de ciencia⁴⁸ emitida por el deudor, en donde manifiesta su conocimiento sobre la existencia del acto de cesión, lo que implica un conocimiento efectivo que obviamente exonera al cesionario de la prueba de la notificación de la cesión operada, razón por la cual incluirla junto a esta como un mecanismo “paralelo” resulta a todas luces inútil.

La “comunicación fehaciente” constituye un procedimiento jurídicamente calificado para transmitir información relevante al deudor cedido. En efecto, para que la comunicación sea “fehaciente”, debemos entender que el medio utilizado sea uno susceptible de corroborarse y que acompañe una prueba razonable o suficiente del acto de disposición realizado, es decir, que pueda dar fe o hacer fidedigna la comunicación⁴⁹. Esto, lógicamente, no implica un conocimiento efectivo, sino un subrogado del conocimiento derivado del procedimiento técnico-jurídico ejecutado, pero que –como resulta evidente– tiene dicha finalidad.

Debemos aclarar, sin embargo, que la “comunicación fehaciente” es un *mero mecanismo de publicidad de hecho* dirigida a un único sujeto, ya que no puede ser calificado como medio de publicidad de derecho o legal (entendido el término “publicidad” en su sentido técnico-jurídico), ya que no cumple con los requisitos esenciales de las figuras de publicidad, que nos remiten siempre a medios diseñados para otorgar una posibilidad jurídicamente tutelada (no de

⁴⁷ Sobre el particular, conviene recordar, como lo afirman Planiol y Ripert, que ambas (la aceptación o la notificación), “son equivalentes y producen iguales efectos, salvo en un punto en particular (...): ello se explica ya que ambas se orientan en torno al deudor y atestan de modo auténtico el conocimiento que este tiene de la cesión”: PLANIOL, Marcelo-RIPERT, Jorge. *Tratado práctico de derecho civil francés*. Tomo VII. Ob. Cit., p. 435.

⁴⁸ En este sentido, BIANCA, Massimo. *Diritto civile. IV. L'obbligazione*. Ob. Cit., p. 580.

⁴⁹ Tal como en el sistema francés, en donde la notificación a la que se refiere el art. 1260° del *Code civil* es una actuación del oficial de justicia. V. RIPERT, Georges-BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo V. Ob. Cit., p. 457.

mero hecho) de tomar conocimiento de los datos relevantes de la realidad jurídica⁵⁰.

Sin embargo, la utilización de la comunicación fehaciente como mecanismo de oponibilidad y/o eficacia de la transmisión del crédito, encuentra su justificación por el sujeto a quien va dirigida, ya que es el único mecanismo que permite proteger adecuadamente los intereses del deudor cedido que, por regla general, no interviene en el acto de cesión del crédito, pero sí puede sufrir sus consecuencias.

En efecto, la modificación subjetiva de la titularidad sobre el crédito es un acontecimiento de vital importancia para el deudor, ya que su *liberación* depende precisamente de que ejecute su prestación a favor de la persona legitimada para recibirla, mientras que su derecho a la liberación de la deuda exige que el acto del cumplimiento no se vea entorpecido por los actos de su acreedor, como por ejemplo por una secreta disposición del derecho que pueda ser opuesta al deudor aunque este la haya desconocido del todo. Esto, precisamente, para evitar que el deudor pague doblemente.

En este sentido, el art. 1215° CC establece la regla de inoponibilidad de la cesión no comunicada y el art. 1216°, interpretada *a contrario sensu*, la regla de liberación del deudor que ejecuta la prestación a favor del acreedor originario (cedente) cuando desconoce legítimamente la cesión.

De otro lado, no puede pasarse por alto la cuestión, de medular importancia, relativa a que el cedido no es un tercero ajeno al vínculo obligatorio, que circula conjuntamente con el crédito que es solamente uno de sus elementos estructurales, sino un sujeto cualificado, por lo que el mecanismo

⁵⁰ PUGLIATTI, Salvatore. *La trascrizione*. Ob. y Vol. Cit., p. 237. En este mismo sentido, RIPERT y BOULANGER, han expresado que las formalidades de “aceptación” o “notificación” no pueden ser acogidas en la idea de publicidad porque “no facilitan en forma alguna el conocimiento de la cesión a los terceros. Solamente existiría publicidad si se transformara al deudor en una agente de informaciones para uso del público”: RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Ob. Cit., p. 459.

de la “comunicación fehaciente” es el único procedimiento legal que permite asegurar una alta probabilidad de que tome conocimiento de la cesión y puedan alcanzarle todos los efectos jurídicos sustantivos, que implica la sustitución del acreedor en el vínculo obligatorio (tal como le legitimidad de quien recibe el pago para que este tenga efectos liberatorios).

Sin embargo, con respecto a terceros eventuales adquirentes del crédito este mecanismo legal de “comunicación” resulta absolutamente ineficiente, frente a los mecanismos de publicidad legal o registral que posibilitan la cognoscibilidad permanente de las situaciones jurídicas a los sujetos que se encuentran interesados en relacionarse con ellas. Por estas razones, como correctamente lo sostiene Sequeira Martin, es necesario diferenciar las figuras en orden al sujeto destinatario, a la finalidad inmediata, al interés defendido y a la duración que se desprende de una u otra⁵¹.

La notificación de la cesión implica una *declaración recepticia* dirigida a un sujeto concreto, mientras que la publicidad legal va dirigida a la generalidad; mientras que la primera tiene como finalidad inmediata procurar el conocimiento del hecho notificado, la publicidad, como se ha dicho, solo crea una situación cognoscibilidad o posibilidad de conocimiento. Se diferencian, además, por la primacía del interés defendido, al ser el fin primariamente atendido por la notificación la satisfacción de intereses privados, mientras que el fin defendido por la publicidad legal es inmediatamente el del interés público y el general del tráfico⁵².

Debe distinguirse, también, la diferente asiduidad que tienen ambas figuras, ya que la notificación tiene un carácter temporal y episódico, mientras que la publicidad en su sentido “técnico jurídico o registral”⁵³ tiende a crear una

⁵¹ SEQUEIRA MARTIN, Adolfo J. “Aproximación al concepto de publicidad registral y su eficacia”. En *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Núm. 589, nov.-doc. 1988, p. 1868.

⁵² *Ibíd.*, p. 1869.

⁵³ Como acertadamente lo sostiene SEQUEIRA MARTIN la publicidad técnico jurídica “viene constituida por el mecanismo establecido por el ordenamiento positivo a fin de hacer

situación general de perdurabilidad. Además, la publicidad “técnico-jurídica” conlleva a “otras particulares consecuencias dirigidas no sólo a hacer cognoscibles determinados hechos y actos productores de posibles consecuencias jurídicas, sino también a anudar a esa cognoscibilidad determinados efectos que constituyen la base mínima para el seguro desarrollo del tráfico, teniendo su desenvolvimiento más señalado en la publicidad registral a través de los llamados principios registrales”⁵⁴, los cuales no son aplicables desde ningún punto de vista a la “publicidad de hecho” dirigida a un individuo concreto, como es el caso de la comunicación al deudor cedido.

En consecuencia, la única forma de obtener una mayor seguridad jurídica y seguridad del tráfico jurídico en la circulación del crédito es utilizando un sistema registral eficiente que otorgue publicidad a los actos de disposición sobre el crédito, pero adecuando los efectos sustantivos de esta publicidad a la naturaleza del objeto sobre el cual recae, lo que implica reconocer y proteger los legítimos intereses del deudor cedido.

4.3.2. Sobre la inscripción como mecanismo de publicidad en la transferencia del crédito: Publicidad registral de la cesión de créditos

Como se ha venido sosteniendo, el fenómeno publicitario tiene como resultado la cognoscibilidad legal, “como posibilidad ilimitada de tomar conocimiento, como posibilidad práctica no como virtualidad pura y simple, es decir, como instrumento idóneo para procurarse el conocimiento efectivo. La cognoscibilidad, es bueno advertirlo, no se considerará como producto ocasional o accidental, o como posibilidad de hecho: los mecanismos

públicos con un cierto grado de certeza determinados hechos o situaciones a los que concede determinada eficacia.” SEQUEIRA MARTIN, Adolfo J. “Aproximación al concepto de publicidad registral y su eficacia”. Op. Cit, p. 1871.

⁵⁴ SEQUEIRA MARTIN. Op. Cit, pp. 1873.

publicitarios son diseñados precisamente como medios permanentes con el fin de procurar el conocimiento efectivo”⁵⁵.

En este sentido, el panorama de la publicidad está constituido por aquel complejo de mecanismos predispuestos por el ordenamiento positivo con la finalidad de hacer posible, con bastante facilidad y con suficiente grado de certeza, el conocimiento de actos o eventos productivos de consecuencias jurídicas, a cualquier persona que lo desee.

El fenómeno jurídico o el instituto de la publicidad se especifica y realiza en concreto en los diversos mecanismos o sistemas publicitarios⁵⁶ (es evidente que la publicidad sólo podrá ser predispuesta por una organización especialmente conformada que cuente con medios técnicos jurídicos adecuados, los mismos que son fundamentalmente los registros públicos).

De acuerdo a lo que se ha explicado, la comunicación fehaciente al deudor no puede ser calificada, desde ningún punto de vista como un medio de publicidad legal, sino simplemente como un mecanismo o procedimiento legal de publicidad de hecho que de actuarse producirá como efecto la presunción de que el deudor conoce la existencia del acto de cesión y, por consiguiente, los efectos de la misma le alcanzan plenamente.

Ahora bien, no puede negarse que los créditos constituyen un importantísimo activo para la financiación de las empresas, por lo que la posibilidad de movilizar eficientemente los créditos –de toda clase, inclusive los futuros- es uno de los indicadores más relevantes de la eficiencia de un sistema jurídico moderno.

En este sentido, para su plena efectividad los principales actos de disposición sobre el crédito –como la cesión y la garantía mobiliaria sobre

⁵⁵ PUGLIATTI, Salvatore. *La trascrizione*. Ob. y Vol. Cit., p. 225.

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 195.

créditos- deberían poder surtir sus efectos frente a todos los terceros, “una cesión con efectos meramente obligacionales o “inter partes” carece de utilidad práctica”⁵⁷.

La oponibilidad registral de la cesión de créditos significaría la posibilidad con la que contaría el cesionario de hacer valer la situación jurídica constituida no solamente frente al deudor cedido sino frente a todos los terceros:

- (i) Frente a los sucesivos cesionarios, adquirentes y subadquirentes del mismo crédito. Tanto en los casos de doble/múltiple garantía mobiliaria de créditos como en los supuesto de múltiples cesiones por distintas causas del mismo crédito (p. ej. garantía mobiliaria sobre crédito y luego cesión en *factoring* o en titulación);
- (ii) Frente a los acreedores ordinarios del pignorante cedente como, por ejemplo, en los supuestos de colisión entre un acreedor embargante y un cesionario y los acreedores de la masa.
- (iii) Frente a los otros acreedores privilegiados que concurren sobre el mismo crédito cedido como, por ejemplo, en los casos de colisión entre un el cesionario – acreedor pignoraticio y los acreedores con garantías mobiliarias que se extienden a créditos futuros.

Por elementales razones de seguridad jurídica, los actos de disposición sobre el crédito (tales como la cesión y garantía mobiliaria sobre créditos) reclaman un medio o mecanismo idóneo de publicidad. Esto precisamente, por que los créditos no incorporados a títulos valores no son susceptibles de posesión, lo que priva a todos los negocios jurídicos impuestos sobre ellos (...) de ese mecanismo, anacrónico es cierto, de publicidad material o de hecho que es la apariencia posesoria”⁵⁸. Lo cual no significa que no existan técnicas

⁵⁷ FERNANDEZ DEL POZO, Luis, *El registro de bienes muebles: los bienes muebles registrables y la preferencia registral de los derechos inscritos*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2004, p. 167.

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 168.

jurídicas que permitan al acreedor detentar un “control indirecto”⁵⁹ sobre determinadas clases de créditos, como las garantías constituidas sobre saldos bancarios. Empero, salvo esta excepción, al estar ausente la publicidad posesoria, el mecanismo idóneo para la cesión y/o pignoración del crédito es el registro⁶⁰.

En este sentido, como correctamente se ha apuntado, los sistemas existentes en cuanto a la publicidad/oponibilidad de cesiones de crédito son los siguientes: (i) El modelo registral (prioridad basada en un registro público); (ii) el de prioridad contractual (la determinada por las fechas de los contratos de cesión); (iii) la prioridad basada en la notificación de la cesión⁶¹.

Sin embargo, entre los tres sistemas existe una clara preferencia por el primero (inscripción) como mecanismos de oponibilidad, lo que constituye una evidente influencia del UCC norteamericano aunque no implica su predominancia⁶². Las razones que se esgrimen para criticar los sistemas que

⁵⁹ Sobre el particular Fernandez Del Pozo sostiene que: “En algunos casos es posible, no obstante, constituir una situación de hecho de “señorío” sobre y de inmovilización del crédito dada en garantía, de manera similar, en cuanto al resultado obtenido, a lo que acontece con la entrega de la posesión al acreedor de la prenda manual. La doctrina americana habla entonces de la “perfección por el control” (*“perfection by control”*) para referirse a ciertos acuerdos y técnicas jurídicas muy heterogéneas que permiten otro modo de perfección (oponibilidad) de la garantía mobiliaria o *“security interest”* sobre un crédito y que no requiere registro... aunque no exista el desplazamiento posesorio de la prenda manual. Así, en las garantías sobre *“receivables”* cuando la operación de pignoración se instrumenta mediante la generación de un estado de cosas que permite garantizar el “señorío” indirecto del acreedor sobre el crédito pignorado mediante, por ejemplo un acuerdo de inmovilización del saldo de una cuenta de depósito a cargo de la entidad de crédito y en su interés del garantizado (sea o no acreedor la misma entidad depositaria)”: FERNANDEZ DEL POZO, Luis. *El registro de bienes muebles: los bienes muebles registrables y la preferencia registral de los derechos inscritos*. Ob. Cit., p. 170.

⁶⁰ FERNANDEZ DEL POZO, Luis, *El registro de bienes muebles: los bienes muebles registrables y la preferencia registral de los derechos inscritos*. Ob. Cit., p. 171.

⁶¹ Esta es precisamente la distinción a la que se alude en el Anexo 3 de la Convención de la Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional, firmada en Nueva York el 12 de diciembre de 2001.

⁶² Sobre el particular se ha afirmado: “Ni qué decir que el sistema de registro es el seguido por los EEUU y por todos los países y sistemas que siguen el modelo del art. 9 del USS norteamericano. En cambio, en Europa, no parece que la publicidad registral sea la regla general. En Francia o en Italia o en Alemania, por ejemplo, se requiere la notificación al deudor cedido para que la prenda surta efectos frente a terceros (cfr. Artículo 2075 *Code*; artículo 2800 y 2704 del *Codice Civile*); § 1280 del Código Civil Alemán). Sin embargo en R.U. la *Companies*

utilizan a la “prioridad contractual” y a la “notificación”, Fernández del Pozo, las sintetiza de la siguiente manera:

“La publicidad registral de los créditos presenta indudables ventajas sobre las otras técnicas y sistemas de oponibilidad de su cesión. Solo un exceso de imaginación nos lleva a decir que la notificación de la cesión al deudor cedido equivale al traspaso posesorio. La notificación desempeña otro papel principal: no se trata de dar publicidad de la cesión a terceros (¿Cómo habrán de enterarse de la cesión los postergados en sede concursal o extraconcursal?) sino de enervar la buena fe de quien, una vez notificada la cesión, pretende luego quedar liberado si paga al acreedor primitivo y luego cedente. (...) En cuanto a la oponibilidad por fecha (fehaciente) del contrato: no sólo la fehaciencia responde a otro razón histórica (evitar fraudes y colusiones entre la partes y en perjuicio de terceros) sino que la intervención pública no es garantía de publicidad (¿o se olvida que el protocolo notarial es secreto?). ¿Cómo han de conocer los acreedores postergados –embargantes, acreedores ordinarios, privilegiados con peor derecho- que ese crédito estaba gravado por muy públicamente intervenido que fuera en su momento el contrato?”⁶³.

Ahora bien, por motivos de índole práctico en algunas circunstancias la publicidad registral resulta inadecuada y, por ende, debe sacrificarse la seguridad jurídica por intereses de distinta relevancia como el correcto y ágil funcionamiento del mercado financiero.

Act apuesta decididamente por el sistema registral en la *Companies Act* (las “registrable charges” de *Part XII Companies Act*. 1985): FERNANDEZ DEL POZO, Luis. *El registro de bienes muebles: los bienes muebles registrables y la preferencia registral de los derechos inscritos*. Ob. Cit., p. 172.

⁶³ FERNANDEZ DEL POZO, Luis. *El registro de bienes muebles: los bienes muebles registrables y la preferencia registral de los derechos inscritos*. Ob. Cit., p. 172

Así debe excluirse de su ámbito de aplicación las operaciones bursátiles y financieras (operaciones en mercados secundarios organizados; sistemas de compensación de instrumentos financieros; operaciones de control de cambios; pagos intercambiaros, depósitos bancarios, entre otras).

En nuestro sistema jurídico, en relación a los créditos se presentan graves incongruencias tales como:

- (i) La regla general para la oponibilidad de la cesión frente al deudor cedido la encontramos en el art. 1215° del CC, según el cual para que la cesión sea eficaz se requiere la comunicación fehaciente al deudor o su aceptación. Sin embargo,
- (ii) La ley de la Garantía Mobiliaria ha creado un sistema excepcional para la oponibilidad de la cesión, tanto ante el deudor cedido como para los eventuales adquirentes del crédito, según el cual, la inscripción registral en el registro correspondiente (p.e. el RMC) otorga al cesionario con derecho inscrito preferencia para el pago, inclusive por sobre quien haya notificado fehacientemente la cesión.

Debe tomarse en cuenta que, la oponibilidad que la LGM otorga no solamente es con respecto a la preferencia entre cesionarios, es decir, como criterio para determinar quien es titular del derecho de crédito, sino para recibir el pago o, mejor dicho, para establecer –además- quien es el único sujeto que tiene la legitimidad para recibir la prestación con efectos liberatorios para el deudor cedido. Y esto es para toda clase de créditos, los que estén vinculados a un registro jurídico de bienes “correspondiente”⁶⁴ como los que no lo tengan

⁶⁴ De acuerdo al art. 13° del Reglamento de inscripciones del Registro Mobiliario de Contratos y su vinculación con los Registros Jurídicos de Bienes Muebles (Resolución De La Superintendente Nacional de Los Registros Públicos N° 142-2006-SUNARP-SN), los Registros Jurídicos de Bienes son el conjunto de registros de bienes muebles ya existentes o por crearse que surten plenos efectos jurídicos. Los registros jurídicos de bienes muebles ya existentes son: Registro de la Propiedad Vehicular, Registro de Embarcaciones Pesqueras, Registro de Buques, Registro de Naves y Registro de Aeronaves). Además, se encuentran incluidos también los registros jurídicos de bienes administrados por entidades distintas a la SUNARP.

(los cuales serán inscritos en el Registro Mobiliario de Contratos). Esto quiere decir que, se está utilizando un mismo criterio tanto para la oponibilidad del crédito frente a un sujeto que forma parte de la estructura de la obligación (deudor cedido), como para los terceros (cesionarios) que no tienen originalmente ningún contacto con el vínculo obligatorio.

Lo anterior implica, como ha sido sostenido, con toda razón, por un autor nacional, que “a partir de la entrada en vigencia de la LGM todo deudor cuyo título de su relación obligatoria permita la cesión del crédito, deberá cerciorarse que su acreedor, al momento que le compela el pago, no haya cedido su crédito, para lo cual deberá efectuar una búsqueda registral”⁶⁵.

Esto último es admitido, irreflexivamente, por otros autores nacionales que no han parado mientes en las graves consecuencias que regla de preferencia en cuestión puede tener⁶⁶ e, inclusive, otros que ni siquiera se han dado cuenta del problema⁶⁷.

⁶⁵ PEREYRA ZAPLANA, Augusto. “La cesión de derechos: modificaciones a partir de la entrada en vigencia de la Ley de la Garantía Mobiliaria”. En *Actualidad Jurídica*. Núm. 166, 2007, p. 55.

⁶⁶ En este sentido, al comentar el art. 27° de la LGM vamos a encontrar expresiones tan anodinas como las siguientes: “Lo destacable de este precepto se restringe, básicamente a que en él se establece que se puede inscribir la cesión de derechos, primando esa cesión sobre la notificada al deudor. La consecuencia práctica que se desprende de esta norma es que **al cesionario ya no le importa que la cesión no sea notificada al deudor cedido**, sino que la misma sea inscrita pues de no hacerlo corre el riesgo de que el acreedor ceda el derecho a un segundo cesionario que si lo inscriba, perjudicando con ello sus intereses”: OSTERLING, Parodi-CASTILLO Freyre, Mario. *Compendio de derecho de las obligaciones*. Lima: Palestra Editores, 2008, pp. 431 a 432 (evidenciado nuestro). Así como también la siguiente: “En principio, la norma es muy clara cuando exige que el cesionario del derecho, ya sea en propiedad o garantía mobiliaria, lo inscriba en el Registro Mobiliario de Contratos o en los Registros Jurídicos de Bienes Muebles correspondientes, **ya que ella es la única arma de preferencia o prioridad respecto a su derecho**; esta preferencia o prioridad data desde la fecha de tal inscripción”: RAMIREZ CRUZ, Eugenio María. *La garantía mobiliaria: nuevas perspectivas del préstamo con garantía mobiliaria sin desposesión del deudor*. Lima: Jurista Editores, 2009, p. 256 (el evidenciado es nuestro). Estos comentarios, resultan absolutamente inútiles ya que su contenido es esencialmente redundante en cuanto a lo que dispone la norma, al no pronunciarse sobre los efectos que esta nueva regla de preferencia tiene, básicamente frente al deudor cedido. En este sentido, expresiones tales como “al cesionario ya no le importa que la cesión no sea notificada al deudor cedido” y “ya que ella [la inscripción] es la única arma de preferencia o prioridad respecto a su derecho”, no nos dicen nada sobre el sustancial cambio

En efecto, a diferencia de los mecanismo legales utilizados en otros sistemas jurídicos, donde existe un tratamiento absolutamente diferenciado entre las normas que regulan la cesión con respecto al deudor cedido, tomado a la notificación como el único mecanismo para que este pueda reconocer al legitimado para recibir el pago, y la posición de los eventuales cesionarios, donde se establece como mecanismo que otorga mayor seguridad al tráfico económico y seguridad jurídica a la publicidad registral de la cesión, en el nuestro, se ha unificado, mecánica y torpemente, en una sola regla que sirve tanto para preferir al cesionario que adquirirá el crédito, ante un supuesto de cesiones múltiples, así como para determinar quién es la única persona que podrá recibir la prestación con efectos liberatorios, sin importan que el deudor desconozca efectivamente que existe una cesión inscrita corriendo el riesgo de realizar un doble pago, ya que para él también funciona la ficción legal de la publicidad registral, establecida draconianamente y sin excepciones, en el art. 38° de la LGM: *“La inscripción en el Registro correspondiente se presume conocida, sin admitirse prueba en contrario”*.

que, en la posición del deudor, se ha operado al extenderle los efectos de la publicidad registral (oponibilidad) de la inscripción.

⁶⁷ Así, podemos mencionar la opinión del reconocido jurista Fernando Vidal Ramírez quien sostiene, sobre el particular, que: “El Código Civil se ha puesto en la hipótesis de que un mismo derecho haya sido cedido a varios cesionarios (...). La norma ha sido derogada, en nuestra opinión, innecesariamente, por la Sexta Disposición Final de la Ley N° 28677 – Ley de la Garantía Mobiliaria, generando un vacío, pues solo las cesiones de derechos cuyo derecho cedido está garantizado con prenda sobre bien mueble inscrito, están dentro de su ámbito, pues su artículo 27° establece la preferencia del cesionario que haya inscrito la cesión del derecho. / Se ha generado un vacío, como se ha indicado, pues no todas las cesiones de derechos están en el ámbito de aplicación de la Ley de la Garantía Mobiliaria”: VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *La cesión de créditos en el derecho civil peruano*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2007, p. 84). Sin embargo, esta opinión no puede ser compartida, no sólo por el hecho de que el reconocido autor en comentario, siga aludiendo “anti-técnicamente” a la prenda sobre créditos, cuando esta figura ya no existe como tal, sino porque la LGM, con respecto a los actos de cesión de créditos, lo considera literalmente como un acto que es susceptible de inscripción independientemente del tipo crédito que haya sido objeto de la transferencia o si tenga o no una garantía mobiliaria vinculada. Por esta razón, resulta del todo equivocada la opinión del autor, ya que se opone al texto claro y expreso de la Ley. Finalmente, resulta indubitable que el supuesto de la concurrencia de cesionarios no ha caído en un “vacío legal”, sino que es regulado taxativamente por el art. 27° de la LGM.

Empero, lo antes descrito, relativo a presumir que el deudor del crédito cedido “conoce” el acto de disposición, por el solo hecho de la inscripción registral, no es una creación exclusiva de la LGM, toda vez que la Corte Suprema de la República ha aplicado este torpe razonamiento, para las transmisiones de los créditos con garantía hipotecaria. Así, en la Casación N° 372-2006-Arequipa se expresa lo siguiente:

*“El supuesto del artículo 1215° sí se cumple, esto es, que la cesión produce efecto contra el cedido desde que este acepta o le es comunicada fehacientemente, **si el deudor ha sabido que la cesión de derechos al correr esta inscrita en los registros públicos, siendo una verdad legal prevista en el artículo 2012° del Código Civil que este y todos los agentes económicos tienen conocimiento pleno de los asientos registrales, no pudiendo ignorar su ignorancia al respecto**”* (evidenciado nuestro)⁶⁸.

Sin embargo, este razonamiento nos parece lamentable, toda vez que la comunicación fehaciente tiene por función proteger los legítimos intereses del deudor cedido, a quien no puede cargársele con el costo (y riesgo) de averiguar quién es el titular “actual” del crédito. Lo cierto es que la comunicación fehaciente, no tiene que ser ni un requisito de validez ni de eficacia para la cesión, sino simplemente un mecanismo de protección para el deudor cedido, que le permita liberarse de la obligación ejecutando la prestación a favor del cedente, si es que el acto de disposición no le ha sido comunicado, inclusive, donde exista un registro jurídico de bienes al que el crédito esté vinculado.

Lo que falta, en todo caso para evitar erráticas interpretaciones judiciales del art. 1215° CC, es que de *lege fereda* se establezca taxativamente este

⁶⁸ Tomado de: *El Código Civil en su jurisprudencia: sentencias vinculadas con los criterios y figuras jurídicas del Código Civil*. Primera Edición. Lima: Gaceta Jurídica Editores S.A., 2007, p. 415

derecho de liberación del deudor, el cual si se encuentra regulado en casi todos los sistemas jurídicos que hemos estudiado⁶⁹.

Hubiera sido conveniente que esta grave incongruencia creada en la LGM, hubiese sido de alguna manera corregida en Reglamento de inscripciones del Registro Mobiliario de Contratos y su vinculación con los registros jurídicos de bienes muebles (aprobado mediante la Resolución de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos N° 142-2006-SUNARP-SN) –en adelante el Reglamento del RMC-, al crearse las normas reglamentarias para la inscripción del acto de cesión de derechos (créditos), el cual a efectos de su eficacia y oponibilidad se rige dentro de nuestro sistema jurídico por dos reglas de igual rango normativo, a saber, el Código Civil (art. 1215°) y la LGM (art. 27°), respectivamente.

Sin embargo, el Reglamento del RMC se ha limitado a tratar este asunto en un escueto artículo redactado en los peores términos imaginables.

Así el art. 68° del Reglamento en cuestión señala sobre la cesión de derechos (entiéndase cesión de créditos):

⁶⁹ Sobre el particular es importante mencionar, a modo de ejemplo, que el art. 149° de la Ley Hipotecaria (LH) española prescribe que: “El crédito hipotecario puede enajenarse o cederse en todo o en parte, siempre que se haga en escritura pública, de la cual **se dé conocimiento al deudor** y se inscriba en el Registro” (evidenciado nuestro). Esto se da precisamente, por que entre la LH española y su Código Civil (art. 1527°) existe una plena coordinación, y el entendimiento común que, con respecto al deudor cedido un procedimiento que tienda a la *comunicación efectiva* (y no a *la presunta*), es la única forma de excluir la legitimidad del pago hecha al cedente. Sobre el particular Lourdes BLANCO PEREZ-RUBIO sostiene correctamente que “el hecho de que el artículo 1527 CC [español] establezca el carácter liberatorio del pago realizado por el deudor al cedente, cuando aquel no tiene conocimiento de la cesión, pone de manifiesto que al deudor no le corresponde indagar sobre la titularidad del crédito, aunque la cesión conste inscrita, ya que el deudor no tiene obligación de consultar el registro. La información que éste publica no le afecta si por no tener conocimiento de la cesión paga al cedente, a menos que haya renunciado a tener conocimiento de la cesión (art. 242 RH). Por eso, el deudor cedido que no ha sido notificado, también puede –ex art. 1198 CC- oponer en compensación al cesionario los créditos que haya adquirido contra el cedente después de la perfección del contrato de cesión y hasta el momento de la notificación”: BLANCO PEREZ-RUBIO, Lourdes. “La notificación al deudor de la cesión del crédito hipotecario”. En *Revista de derecho privado*, Set.- Oct. 2003, p. 634.

"Artículo 68. Cesión de derechos

Puede registrarse la cesión de derechos sobre bienes muebles no registrados siempre que la prestación contenida en el derecho que se cede no verse sobre traslación de dominio. Asimismo, deberá declararse en el formulario que no existe prohibición para dicha cesión.

Por excepción, es inscribible respecto al contrato de fideicomiso la cesión de derechos del fideicomisario; o de ser el caso, del fideicomitente y sus herederos.

Para la inscripción de la cesión de derechos no se requiere la previa inscripción del derecho cedido".

Quien redactó este artículo tenía una idea poco clara sobre lo que estaba haciendo, ya que la cesión de créditos –y no es de cualquier derecho en general sino solamente de los créditos ya que se habla de prestación como “contenido del derecho”- es el mecanismo por antonomasia de la transmisión del “crédito mismo” y no de los “derechos” que recaen sobre los bienes muebles corporales con los que se podría ejecutar la prestación a cargo del deudor. Además, y al parecer, el único tipo de obligación que quien redactó esta parte del reglamento tenía en mente, eran las obligaciones de dar (es decir, de entregar un bien que en este caso sería un bien mueble). Sin embargo, los efectos de la LGM se extienden a todo tipo de obligaciones de dar, de mero hacer (servicios) o de no hacer, presentes, futuras, etc.

De otro lado, la expresión “*siempre que la prestación contenida en el derecho que se cede no verse sobre traslación de dominio*”, debe tratar de dársele un sentido, ya que podría generar graves problemas interpretativos. En efecto, literalmente entendida esta norma tendríamos que sostener que no resulta posible registrar las obligación que impliquen una prestación de dar bienes muebles (incluidas las obligaciones dinerarias), ya que generalmente en esta clase de obligaciones, la realización del programa prestacional concluye

con la entrega de un bien cuyo efecto real es la transmisión del dominio de la cosa al acreedor (art. 947° CC). Sin embargo, esta absurda restricción reglamentaria no tiene ningún asidero en la LGM.

Con la intención, de otro lado, de no inscribir un acto nulo, en el artículo en comentario del Reglamento del RMC se exige que el constituyente de la garantía declare en el “formulario de inscripción” (el cual constituye título suficiente para la inscripción ex art. 25° del Reglamento del RMC), que no existe prohibición para efectuar la cesión, ya que el último párrafo del art. 27° LGM establece –como ya hemos mencionado- que la cesión no es legalmente posible, es decir nula, si está prohibida por un acuerdo entre el acreedor cedente y el deudor del crédito cedido.

Sin embargo, para el Reglamento del RMC la regla de inoponibilidad de la cesión del crédito frente al deudor cedido establecida en el art. 1215° del CC no tiene ningún efecto sustantivo registralmente relevante, lo cual nos parece un error.

En efecto, como ya hemos afirmado en otra sección de esta investigación, la regla de inoponibilidad de la cesión frente al deudor tiene dos efectos de singular importancia, a saber:

- (i) es el modo para la eficacia del contrato de cesión y, por tanto, el momento desde el cual se desencadenan los efectos traslativos del crédito; y,
- (ii) es la forma por antonomasia por la cual el “pago” hecho al acreedor original deja de tener efectos liberatorios.

Al haber pasado por alto la existencia del art. 1215° CC, en la reglamentación registral de la inscripción de la cesión de créditos, se estaría publicitado la transferencia de una situación jurídica (crédito) que, probablemente, aún no se ha producido, ya que para la inscripción de la cesión no se requiere que haya sido notificada o aceptada por el deudor cedido.

Esto último, no causaría ningún problema si es que la preferencia del art. 27° se limitara a establecer el criterio para seleccionar al cesionario preferido, sin alcanzar sus efectos hasta el deudor a quien necesariamente debería notificársele del acto de cesión, para que este le sea oponible, impidiéndose, además, que se libere al ejecutar la prestación a favor del acreedor original u otro cesionario.

Realizadas estas reflexiones, acabamos indicando cuales serían, desde nuestra perspectiva, los criterios que deberían ordenar esta materia:

- (i) Debería establecerse como regla general la inscribibilidad necesaria de las cesiones de crédito, no representadas en títulos valores ni representados por anotaciones en cuenta, como requisito para la oponibilidad y criterio de preferencia frente a terceros, criterio que operaría para la preferencia entre cesionarios en el caso de cesiones múltiples; pero,
- (ii) Frente al deudor cedido, la notificación fehaciente que acompañe una prueba razonable de la cesión debe ser la única forma para que el acto de transferencia le sea oponible y evite su liberación al ejecutar la prestación a favor del acreedor original. En este sentido, al deudor no se le debe gravar con la carga de averiguar quién es su acreedor actual, ya que esto lesiona su derecho a liberación de la deuda, por lo que ante ninguna comunicación efectiva de la cesión, podrá liberarse ejecutando a favor de su acreedor original o a favor del cesionario que notifique primero su acto cesión.

4.4. Propuestas para una reforma del sistema de concurrencia de acreedores vigente

Desde nuestra perspectiva, se necesita *urgentemente* una reforma de las normas que regulan la figura de la cesión de créditos, toda vez que el art. 27° de la LGM ha quebrado el sistema de oponibilidad y eficacia que el Código Civil estableció para la transmisión de las situaciones jurídicas acreedoras.

Sobre el particular, es pertinente mencionar que actualmente existe un proyecto de modificación de la Ley de la Garantía Mobiliaria propuesto por el Ministerio de Justicia⁷⁰. En este proyecto, vamos a encontrar en sus arts. 18°, 26°, 29°, 35.1.1 y 62° una propuesta de regulación para los principales actos de disposición sobre el crédito, como son la garantía mobiliaria y la cesión. Empero, centraremos nuestro análisis en el art. 26° del proyecto -que eventualmente sustituiría al art. 27° de la LGM vigente- el cual textualmente dice:

“Artículo 26.- Prelación de garantías mobiliarias sobre créditos o derechos pecuniarios.

26.1. La incorporación de un aviso de garantía⁷¹ sobre la cesión de créditos o derechos pecuniarios bajo cualquier título, otorga preferencia para su pago al cesionario desde la fecha de tal incorporación y

⁷⁰ Consultable en la página del Ministerio de Justicia: <http://www.minjus.gob.pe/proyecto-lgm>.

⁷¹ Es importante mencionar que este proyecto, al igual que la LGM vigente, permite que para los fines de su oponibilidad y preferencia se inscriba la cesión de créditos (numeral 1. del art. 35° del proyecto de Ley), por lo que resulta confusa la expresión “incorporar un aviso de garantía sobre la cesión del crédito”, cuando la cesión del crédito implica la transferencia de una íntegra situación jurídica y no la constitución de una garantía, que es un fenómeno derivativo distinto regulado específicamente en el art. 18° del Proyecto de Ley. Hasta que no se entienda que cesión de créditos y garantía mobiliaria sobre créditos son actos de disposición estructural y sustancialmente distintos, será imposible proponer una regulación que resulte verdaderamente adecuada a satisfacer las necesidades del tráfico jurídico. Resulta importante señalar que, en otros sistemas jurídicos, este es un problema superado hace siglos. Sobre el particular correctamente se sostiene que: “La cuestión relativa a la naturaleza jurídica de la prenda sobre derechos ha sido durante mucho, una de las típicas cuestiones de debate afamadas por su dificultad; la configuración de un derecho de prenda sobre un crédito, es decir, de un derecho absoluto sobre un derecho relativo, ha provocado inacabables discusiones. Mientras estuvo en vigor el Derecho común, se intentó frecuentemente caracterizar la prenda sobre derechos como una forma especial de cesión. La controversia ha quedado hoy superada, pues es hoy opinión general que en la prenda de derechos hay un derecho sobre el derecho objeto de pignoración”: WESTERMANN, Harry, WESTERMANN, Harm Peter, GURSKY, Karl-Heinz y EICKMANN, Dieter. *Derechos reales*. Traductores: Ana Cañizares Lazo, José María Miquel Gonzales, José Miguel Rodríguez Tapia y Bruno Rodríguez Rosado. 7ma. Edición. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 2007, p. 1569

prevalece sobre la cesión notificada al deudor cedido⁷². Tal notificación no establece la prelación de esta garantía mobiliaria⁷³.

26.2. Una garantía mobiliaria sobre créditos o derechos pecuniarios es válida sin importar cualquier acuerdo entre el deudor del crédito cedido y el deudor garante que pretenda limitar la cesión o transmisión de éstos⁷⁴. Nada en el presente artículo afecta la responsabilidad del deudor garante para con el deudor del crédito cedido por los daños ocasionados por el incumplimiento de dicho acuerdo, que solo tiene efectos entre las partes”.

⁷² Aunque este artículo sea sumillado como “prelación de garantías mobiliarias sobre créditos”, resulta evidente que se está refiriendo a la cesión de créditos y no la a figura de la garantía mobiliaria. En efecto, al igual que el art. 27° de la ley vigente, los elementos que componen la estructura del texto normativo aluden a la “preferencia para el pago”, a un “cesionario” y un “deudor cedido” los cuales solamente tienen sentido si estamos en el contexto de una disposición del crédito por cesión y no por constitución de una garantía mobiliaria. En efecto, en la garantía mobiliaria sobre créditos no tenemos a un cesionario, sino a un “acreedor garantizado” que es el titular del derecho de garantía, a un “deudor del crédito afectado” y a un deudor constituyente de la garantía, que a su vez puede ser el acreedor del deudor del crédito afectado. Es decir, tenemos la superposición de dos relaciones obligatorias una principal (asegurada) y otra en secundaria (afectada en garantía). Lo cual no sucede en la cesión, donde solamente existe una relación obligatoria donde el acreedor cedente sale de la misma para que el cesionario adquirente tome su lugar. Esta idea, por más básica y sencilla que es, al parecer no ha sido entendida en el proyecto que el MINJUS propone.

⁷³ Este párrafo (“*Tal notificación no establece la prelación de esta garantía mobiliaria*”), resulta a todas luces innecesario y crea una verdadera confusión con respecto a lo que el proyecto busca regular en este art. 26°.1, ya que la notificación al deudor se descartaría como mecanismo de prelación por la aplicación del art. 35° del proyecto, ya que este artículo textualmente señala que la garantía mobiliaria –en general- alcanza prelación y oponibilidad desde su incorporación al Sistema Integrado de Garantías Mobiliarias. Empero, lo único que se evidencia a “flor de piel” es la total confusión que este proyecto de ley tiene con respecto a los actos de disposición sobre un crédito, ya que la notificación a la que se alude no es de una garantía mobiliaria, sino a la de la cesión del crédito, que como ya hemos dicho es un acto de disposición distinto.

⁷⁴ En este extremo se vuelve a presentar el problema antes aludido, se mezclan en una sola expresión los términos “deudor cedido” y “deudor garante”, cuando el primero solamente tiene sentido en el contexto de una “cesión del crédito” y el otro en la constitución de una “garantía mobiliaria sobre el crédito”. En efecto, para darle sentido a este numeral 26.2 del proyecto, y ya que el primer párrafo de este artículo textualmente nos remite a la garantía mobiliaria sobre créditos, tendría que sustituirse el término “deudor cedido”, por el de “deudor del crédito afectado en garantía”. Sin embargo, lo más reprochable de esta propuesta no es su deleznable redacción, sino el efecto sustancial que crearía, al volver totalmente inoperante la disposición establecida en el art. 1210° CC relativa al pacto de no ceder. Lo cual perjudica evidentemente, y sin ninguna justificación, al deudor del crédito que ha sido objeto del acto de disposición.

Como puede observarse, el art. 26° del proyecto de ley del MINJUS no corrige ninguno de los errores que hemos advertido a lo largo de esta investigación sino que los agrava profundamente.

En efecto, el art. 26.1 no distingue la diferencia sustancial que existe entre la cesión de créditos y la garantía mobiliaria sobre créditos. Es importante destacar, sin embargo que, a pesar del embrollo conceptual en el que la norma del proyecto se enreda, la solución al caso de concurrencia de cesionarios o de las cesiones múltiples de un mismo crédito permanece inalterado, ya que la solución sigue siendo la misma al otorgar preferencia para el pago al cesionario que ha incorporado su “aviso de garantía” al sistema informativo de garantías mobiliarias por sobre quien “ha notificado la cesión al deudor”.

Lo cual significa, que la publicidad del “aviso de garantía” de la cesión del crédito también es oponible al deudor cedido.

Esto también se deduce del numeral 1. Del artículo 35.1. del proyecto en referencia, según el cual para los fines de su prelación, oponibilidad y publicidad toda cesión de créditos debe incorporarse al sistema informativo de garantías mobiliarias (inclusive los créditos garantizados con hipotecas lo cual crearía un peligrosa duplicidad de registros).

Lo cierto es que más allá de la buena intención de reformar nuestro sistema de garantías mobiliarias, que es sumamente deficiente, por lo menos en el extremo de los efectos de la publicidad registral de los actos de disposición sobre el crédito, se están proponiendo una reforma que podría empeorar la situación.

Desde nuestra perspectiva, es necesario unificar los criterios de preferencia y oponibilidad de los actos de disposición sobre los créditos, en función a una eficiente publicidad registral, cuyos efectos estén dirigidos a todos aquellos que estén fuera del vínculo obligatorio y pretendan adquirir algún derecho sobre el mismo (cesionarios o los acreedores garantizados), pero sin

perjudicar los legítimos intereses del deudor cedido o del crédito afectado en garantía.

Tomando en cuenta esta premisa, proponemos la modificación de los arts. 1215° y 1216° del Código Civil y del art. 27° de la LGM en los siguientes términos:

A) CÓDIGO CIVIL:

TEXTO VIGENTE	PROPUESTA
<p>Artículo 1215.- La cesión produce efecto contra el deudor cedido desde que éste la acepta o le es comunicada fehacientemente.</p>	<p>Artículo 1215°.- Protección del deudor Deberá comunicarse el acto de cesión al deudor cedido, acompañando una prueba razonable sobre su existencia, de lo contrario el deudor cedido podrá ejecutar la prestación conforme a los términos pactados originalmente a favor del cedente, liberándose de la obligación. De serle comunicada al deudor cedido más de una cesión, efectuada sobre el mismo crédito, aquel quedará liberado de su obligación ejecutando la prestación de conformidad con la primera comunicación que reciba.</p>
<p>Artículo 1216.- El deudor que antes de la comunicación o de la aceptación, cumple la prestación respecto al cedente, no queda liberado ante el cesionario si éste prueba que dicho deudor conocía de la cesión realizada.</p>	<p>Artículo 1216.- Excepción de la liberación del deudor por cumplimiento de la prestación El deudor que antes de la comunicación, cumple la prestación respecto al cedente, no queda liberado ante el cesionario si éste prueba que dicho deudor conocía de manera indubitable la cesión realizada.</p>

B) LEY DE LA GARANTÍA MOBILIARIA:

TEXTO VIGENTE	PROPUESTA
<p>Artículo 27.- Prelación con respecto a la cesión de derechos</p> <p>La inscripción de la cesión de derechos en el Registro correspondiente, ya sea en propiedad o en garantía, otorga preferencia para su pago al cesionario desde la fecha de tal inscripción.</p> <p>La cesión inscrita en el Registro correspondiente prevalece sobre la cesión notificada al deudor cedido.</p> <p>La cesión de derechos, ya sea en propiedad o en garantía, no es legalmente posible si ella está expresamente prohibida en el respectivo título.</p>	<p>Artículo 27.- Prelación con respecto a la cesión de créditos y las garantías mobiliarias sobre créditos.</p> <p>La inscripción de los actos de disposición sobre el crédito en el Registro correspondiente, tales como la cesión de créditos y la garantía mobiliaria sobre créditos, es oponible frente a terceros desde la fecha de su inscripción en el registro correspondiente.</p> <p>Si un mismo crédito es objeto de varios actos de disposición por la misma persona, el cesionario o acreedor asegurado que haya inscrito primero prevalecerá sobre quienes pretendan adquirir derechos sobre ese mismo crédito.</p> <p>Si la prestación no ha sido ejecutada, el cesionario o acreedor garantizado con derecho inscrito tendrán preferencia para el pago, bastando la comunicación al deudor del crédito cedido o afectado en garantía, acompañando una prueba razonable, del acto inscrito.</p>

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

PRIMERA: Desde la época del Derecho Romano, la notificación del acto de cesión al deudor del crédito, denominada “*denuntiatio*”, ha sido utilizada como el mecanismo jurídico idóneo para empoderar definitivamente al cesionario con la titularidad sobre el crédito y, además, para evitar que el cedente realice algún acto con el deudor cedido que perjudique el derecho transmitido (tales como la ejecución de la prestación, la condonación de la deuda, compensación con otros créditos, etc.). Asimismo, también se reconoce, desde épocas inmemoriales, que el deudor al desconocer la cesión, puede legítimamente modificar o extinguir el vínculo obligatorio con el cedente, todo en perjuicio del cesionario que no ha comunicado su adquisición.

SEGUNDA: En el Derecho Comparado los sistemas existentes en cuanto a la publicidad/ oponibilidad de las cesiones sobre el crédito, frente a terceros, entre los cuales no se encuentra el deudor, son los siguientes: (i) El modelo registral (prioridad basada en un registro público); (ii) El de prioridad contractual (la determinada por las fechas de los contratos de cesión); (iii) la prioridad basada en la notificación de la cesión. Sin embargo, existe actualmente una clara preferencia por el primero (inscripción) como mecanismos de oponibilidad, al presentar indudables ventajas tales como suministrar adecuada y permanentemente información sobre las

condiciones en que se adquiere un crédito o frente a quienes pretendan afectarlo de alguna manera, estando dirigida este tipo de publicidad a proteger los intereses de terceros adquirentes de buena fe que estén fuera del vínculo obligatorio.

TERCERA: En el Derecho Comparado la posición del deudor del crédito cedido, en el contexto de una cesión de créditos, es protegida en base a los siguientes criterios: (i) La cesión debe serle notificada mediante una comunicación que acredite indubitadamente la legitimidad del nuevo acreedor; (ii) Su posición jurídica no debe ser perjudicada por la cesión en sentido alguno; (iii) Debe poder oponer todas las excepciones, vicios y derechos existentes a su favor hasta el momento de la notificación; (iv) Si desconoce el acto de cesión debe tener la facultad de liberarse de la obligación ejecutando la prestación a favor del acreedor original, (v) Debe liberarse, también, ejecutando la prestación a favor del cesionario que primero haya notificado la cesión, precisamente, porque no se puede imponer al deudor la carga de averiguar quién es titular actual del crédito.

CUARTA: En el Código Civil el sistema general para la transferencia de las situaciones jurídicas de crédito, está determinado por dos momentos: el primero relativo a la formación del acto jurídico de cesión, para cuya validez solamente se requiere la intervención del cedente y el cesionario, mientras que para su plena eficacia, con respecto a la transferencia del derecho, se requiere de la comunicación fehaciente al deudor cedido. De esta forma, para la transferencia de los créditos se requiere, por regla general, de un título (acto de cesión) y un modo (comunicación fehaciente al deudor).

- QUINTA:** Antes de la vigencia de la Ley de la Garantía Mobiliaria, el sistema general para la transferencia de los créditos y el criterio de preferencia en la concurrencia de cesionarios respondían a una misma regla jurídica, a saber, la primera cesión comunicada. Ante la doble cesión de un mismo crédito adquiriría el derecho, aquel cesionario que notificó primero su acto de cesión, es decir, el que intervino en el primer acto que alcanzó plena eficacia y, por ende, el primero que adquirió el crédito. Sin embargo, desde nuestra perspectiva, este criterio actualmente resulta inadecuado, ya que la comunicación sirve para tutelar la posición del deudor cedido, pero de ninguna forma suministra, a los terceros adquirentes de buena fe del crédito (cesionarios concurrentes), la información necesaria sobre las condiciones en que se adquiere el crédito.
- SEXTA:** El art. 27° de la Ley de la Garantía Mobiliaria establece como criterio de preferencia en la concurrencia de cesionarios a la primera inscripción del acto de cesión en el registro correspondiente, otorgándole preferencia para el pago, inclusive, por sobre quien notificó otro acto de cesión. De esta forma extiende los efectos de la publicidad registral, no solamente a los terceros ajenos al vínculo obligatorio, sino hasta el deudor del crédito cedido, a quien ya no sería necesario notificar el acto de cesión, toda vez que se presumiría –sin admitirse prueba en contrario- que tiene conocimiento de la inscripción de la cesión (no notificada).
- SETIMA:** La Ley de la Garantía Mobiliaria, en los artículos dedicados a regular la cesión créditos, no ha previsto disposición alguna encaminada a proteger los legítimos intereses del deudor, toda vez que en el caso de las cesiones múltiples a este sujeto se le carga con el costo de averiguar quién es cesionario con derecho preferente –inscrito- y el riesgo de ejecutar la prestación a favor de un sujeto no legitimado, lo cual constituye un grave error, toda vez

que quienes están en la posición idónea para asumirlos son los sujetos que han intervenido en el acto de disposición, cedente y cesionario, los cuales algún provecho obtendrán de esta operación y quienes, precisamente, conocen sobre su existencia.

OCTAVA: El deudor del crédito cedido o afectado en garantía, tiene los legítimos intereses de liberarse de la obligación en los términos pactados con su acreedor original y que su acto de cumplimiento no sea perturbado por los actos realizados por este último o por terceros. Para respetar estos legítimos intereses, la cesión del crédito, así como cualquier acto de disposición sobre esta clase de derechos subjetivos, deben serle comunicados. De lo contrario, el deudor del crédito cedido debe estar facultado a ejecutar la prestación en los términos originalmente pactados, a favor del acreedor - cedente, con plenos efectos liberatorios.

NOVENA: La publicidad registral de la cesión del crédito, así como de la garantía mobiliaria sobre este mismo derecho, es un mecanismo eficiente para suministrar información relevante a los eventuales adquirentes y, además, permite determinar rápidamente al sujeto con derecho preferente sobre la prestación, si es que esta aún no ha sido ejecutada y el vínculo obligatorio sigue existiendo. Sin embargo, no puede servir como mecanismo de oponibilidad frente al deudor del crédito cedido, ya que solamente la comunicación del acto de disposición le permite identificar a la persona legitimada a recibir el pago, destruyendo la eficacia liberatoria de un pago hecho al acreedor original o a cualquier otro sujeto.

DÉCIMA: Debe tenerse en cuenta que la cesión, no es el único acto de disposición que puede celebrarse sobre un crédito, sino que la garantía mobiliaria sobre esta clase de derechos constituye un acto de disposición de igual importancia y semejante naturaleza. Por

esta razón, es necesario unificar los criterios de preferencia y oponibilidad de los actos de disposición sobre los créditos, donde una misma regla de preferencia sirva para determinar la preferencia no solamente en el contexto de una cesión múltiple, sino, también, en la constitución de garantías mobiliarias múltiples u otras clase de afectaciones que pueda sufrir el crédito (como el embargo). En este sentido, la regla de preferencia para la concurrencia de cesionarios para todos estos casos, debe organizarse en función a una eficiente publicidad registral, cuyos efectos estén dirigidos a todos aquellos que estén fuera del vínculo obligatorio, sin perjudicar los legítimos intereses del deudor del crédito.

UNDÉCIMA: Si bien la inscripción registral del acto de disposición sobre el crédito, sea en cesión o en garantía mobiliaria, debe mantenerse como mecanismo de preferencia entre los adquirentes de los respectivos derechos, urge una modificación legislativa que establezca la no extensión de los efectos de oponibilidad de inscripción hasta el deudor del crédito cedido o afectado en garantía. Así, el deudor debe conservar la facultad de ejecutar la prestación a favor de quien originalmente se haya convenido, si es que no se le comunica el acto de disposición o a favor del primer cesionario que haya notificado fehacientemente la cesión (acompañando una prueba razonable sobre la existencia del acto).

DUODÉCIMA: Finalmente, el pacto de no ceder el crédito, cuyos efectos deben extenderse hasta otros actos de disposición como la garantía mobiliaria sobre créditos, no debe anular el negocio de cesión, tal como lo establece actualmente el último párrafo del art. 27° de la Ley de la Garantía Mobiliaria, sino simplemente volverlo ineficaz. Asimismo debe mantenerse la regla de oponibilidad de este pacto a terceros, solamente en los casos en que se pruebe que el cesionario conocía indubitablemente de la existencia del pacto.

RECOMENDACIONES

Desde nuestra perspectiva, es necesario unificar los criterios de preferencia y oponibilidad de los actos de disposición sobre los créditos, en función a una eficiente publicidad registral, cuyos efectos estén dirigidos a todos aquellos que estén fuera del vínculo obligatorio y pretendan adquirir algún derecho sobre el mismo (cesionarios o los acreedores garantizados), pero sin perjudicar los legítimos intereses del deudor cedido o del crédito afectado en garantía.

Tomando en cuenta esta premisa, recomendamos:

PRIMERO: La modificación de los arts. 1215° y 1216° del Código Civil en los siguientes términos:

Artículo 1215°.- Protección del deudor

Deberá comunicarse el acto de cesión al deudor cedido, acompañando una prueba razonable sobre su existencia, de lo contrario el deudor cedido podrá ejecutar la prestación conforme a los términos pactados originalmente a favor del cedente, liberándose de la obligación.

De serle comunicada al deudor cedido más de una cesión, efectuada sobre el mismo crédito, aquel quedará liberado de su obligación ejecutando la prestación de conformidad con la primera comunicación que reciba.

Artículo 1216.- Excepción de la liberación del deudor por cumplimiento de la prestación

El deudor que antes de la comunicación, cumple la prestación respecto al cedente, no queda liberado ante el cesionario si éste prueba que dicho deudor conocía de manera indubitable la cesión realizada”.

SEGUNDO: La modificación del art. 27° de la LGM en los siguientes términos:

Artículo 27.- Prelación con respecto a la cesión de créditos y las garantías mobiliarias sobre créditos.

La inscripción de los actos de disposición sobre el crédito en el Registro correspondiente, tales como la cesión de créditos y la garantía mobiliaria sobre créditos, es oponible frente a terceros desde la fecha de su inscripción en el registro correspondiente.

Si un mismo crédito es objeto de varios actos de disposición por la misma persona, el cesionario o acreedor asegurado que haya inscrito primero prevalecerá sobre quienes pretendan adquirir derechos sobre ese mismo crédito.

Si la prestación no ha sido ejecutada, el cesionario o acreedor garantizado con derecho inscrito tendrán preferencia para el pago, bastando la comunicación al deudor del crédito cedido o afectado en garantía, acompañando una prueba razonable, del acto inscrito.

BIBLIOGRAFÍA

A) DOCTRINA

ALIAGA HUARIPARA, Luis Alberto

2007 "La Ley de la Garantía Mobiliaria peruana y sus aspectos registrales." En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Año LXXXIII, N° 700, Marzo – Abril, pp. 713 a 735

ARANGIO RUIZ, Vincenzo

1952 *Instituciones del derecho romano*. Traducción de la décima edición por José M. Carames Ferro. Buenos Aires. Editorial Depalma

ARIANO DEHO, Eugenia

2006 "La realización extrajudicial de la garantía mobiliaria (consideraciones a primera lectura de la Ley 28677)". En *Athina: Revista de derecho de los alumnos de la Universidad de Lima*. Núm. 1, pp. 311 a 332

AVENDAÑO ARANA, Francisco

2009 "Garantía mobiliaria preconstituida y garantía *a non domino*". En *Homenaje a Fernando de Trazegnies Granda*. Tomo 2. Primera edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 39 a 52

BARCHI VELAOCHAGA, Luciano

2004 "¿Mora del acreedor? Necesidad de algunas precisiones". En *Negocio jurídico y responsabilidad civil: estudios en memoria del profesor Lizardo Taboada Córdova*. Lima: Grijley, pp. 627 a 694

BARCHI VELAOCHAGA, Luciano

2005 "La cesión de créditos en el Código Civil peruano de 1984". En *Revista de Magister en derecho Civil*. Vol. 4-5, pp. 209 a 264

BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo-CASTELLARES AGUILAR, Rolando

2002 *Comentarios a la Ley de Títulos Valores: análisis artículo por artículo*. 2ª ed. Lima: Gaceta Jurídica

BIBLIOGRAFIA

BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo

2006 “El impacto de la Ley de garantía mobiliaria en el derecho peruano”. En *Athina, Revista de derecho de los alumnos de la Universidad de Lima*, Núm. 1, Año 1, pp. 252 a 272

BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José

1976 *El cumplimiento de las obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado

BELTRÁN HEREDIA Y ONIS, Pablo

1989 *La Obligación (concepto, estructura y fuentes)*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Unidas

BETTI, Emilio

1969 *Teoría general de las obligaciones*. Traducción y notas de Derecho español por José Luís de los Mozos. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado

BIANCA, C. Massimo

1990 *Diritto civile. IV L'obbligazione*. Milano: Giuffrè Editore

BIANCA, Massimo

1998 “Reflexiones sobre el principio del consenso traslativo”. En *Thémis, Époque 2*. Núm. 38, pp. 73 a 80

BIANCA, Massimo

1998 “El interés”. En *Ius et veritas*. Núm. 9, pp. 111 a 115

BLANCO PEREZ-RUBIO, Lourdes

2003 “La notificación al deudor de la cesión del crédito hipotecario”. En *Revista de derecho privado*, Set.-Oct. 2003, pp. 630 a 656

BRECCIA Umberto, LINA BIGLIAZZI Geri, NATOLI Ugo y BUSNELLI, Francesco D.

1995 *Derecho Civil: Normas, sujetos y relación jurídica*. Tomo I, Vol. 1. Traducción de Fernando Hinestrosa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia

BRECCIA, Umberto

1991 *Le obbligazioni*. En *Trattato di diritto privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti*. Milano: Giuffrè Editore

BUSNELLI, Francesco Donato

1994 *La lesione del crédito da parte di terzi*. Milano: Giuffrè Editore

CANNATA, Carlo Augusto

1996 *Historia de la ciencia jurídica europea*. Traducción de Laura Gutierrez–

BIBLIOGRAFIA

Masson. Madrid: Editorial Tecnos

CÁRDENAS QUIROZ, Carlos

2004 "Notas acerca de la concurrencia de acreedores sobre un mismo bien mueble o inmueble". En *Libro Homenaje a Jorge Avendaño Valdez*. Tomo II. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 745 a 751

CARRASCO PERERA, Ángel y otros

2002 Tratado de los derechos de garantía. Navarra-España: Editorial Aranzandi S.A.

CORREAS, Oscar

1994 *Introducción a la sociología jurídica*. Primera Edición. México: Ediciones Coyoacán

CRISTÓBAL MONTES, Ángel

1990 *La estructura y los sujetos de la obligación*. Madrid: Editorial Civitas

DE LOS MOZOS, José Luis

1988 *Derecho civil (método, sistemas y categorías jurídicas)*. Primera Edición Madrid: Editorial Civitas

DIEZ-PICAZO, Luis

1982 "Prólogo" a WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Madrid: Editorial Civitas

DIEZ-PICAZO, Luis

1975 *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. 1ra. Ed. Barcelona: Editorial Ariel

DIEZ-PICAZO, Luis

1964 "El contenido de la relación obligatoria". En: *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XVII, pp. 349 a 366

DIEZ-PICAZO, Luis

2007 *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Vol. II. Sexta edición. Madrid: Editorial Thomson-Civitas

ENNECCERUS, Ludwing-KIPP, Theodor-WOLF, Martin

1954 *Tratado de derecho civil*. Traducción del Alemán por Blas Perez Gonzales y Jose Alguer. Barcelona: Bosch Casa Editorial

ESCOBAR ROSAS, Freddy

2005 "Apuntes sobre la circulación de los derechos reales derivados". En *Ius et veritas*, Núm. 30, pp. 164 a 170

BIBLIOGRAFIA

ESPÍN CANOVAS, Diego

1983 *Manual de derecho civil español*. Sexta Edición Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas

ESPINOZA ESPINOZA, Juan

2006 *Derecho de la responsabilidad civil*. 4ta Ed. Lima: Gaceta Jurídica

FALZEA, Angelo

1939 *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*. Milano: Giuffrè Editore

FALZEA, Angelo

1985 *Voci teoria generale del diritto*. Milano: Giuffrè Editore

FALZEA, Angelo

2007 "El principio jurídico de la apariencia". En *Derecho PUCP*. Núm.59, pp. 177 a 212

FERNANDEZ Cruz, Gastón

1987 "La buena fe en la concurrencia sobre bienes inmuebles." En *Derecho PUCP*. Núm. 41, pp. 159 a 226

FERNANDEZ DEL POZO, Luis

2004 *El registro de bienes muebles: los bienes muebles registrables y la preferencia registral de los derechos inscritos*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales

FERREIRA RUBIO, Delia Matilde

1984 *La buena fe: El principio general del derecho civil*. Madrid: Editorial Montecorvo

FERRI, Giuseppe

1982 *Títulos de crédito*. Traducción al español de Fernando A. León. 1ra Ed. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot

FERRI, Luigi

1968 *La autonomía privada*. Traducción de Luis Sancho Mendizaval. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado

FLUME, Werner

1998 *El negocio jurídico. Parte general de derecho civil*. Traducido por José María Miquel Gonzales y Esther Gomez Calle. Madrid: Fundación Cultural del Notariado

FORNO FLORES, Hugo

1990 "Apuntes sobre el contenido patrimonial de la obligación". En: *Advocatus* Núm. 1, pp. 21 a 27

FORNO FLORÉZ, Hugo

1993 "El Contrato con efectos reales". En *Ius et veritas*. Núm. 7, pp. 77 a 87

GARCÍA AMIGO, Manuel

1964 *La cesión de contratos en el derecho español*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J.-HEREDIA CERVANTES, Iván

2003 "La cesión de créditos: reflexiones sobre los problemas de la ley aplicable." En *Anuario de Derecho Civil*. Tomo LVI, Fascículo III, pp. 969 a 991

GARRIDO, José María.

2002 "Estudio introductorio" a *Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos: Texto Oficial*. Traducción de José María Garrido autorizada por *The American Law Institute*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales

GAZZONI, Francesco

1998 *Manuale di diritto privato*. VII Ed. Napoli: ESI

GIORGIANI, Michele

1958 *La obligación (la parte general de las obligaciones)*. Traducción de Evelio Verdera y Tuells. Barcelona: Bosch Casa Editorial

GÓMEZ ANAYA, Carlos Alfredo

2006 "El procedimiento registral en el registro mobiliario de contratos y su vinculación en los registros jurídicos de bienes." En *Estudios sobre la nueva Ley de la Garantías Mobiliarias Ley 28677*. Nelly Fernández del Castillo y Raúl Camacho Gálvez (compiladores). Lima: Arco Legal Editores, Primera Edición, pp. 77 a 93

GONZALES BARRÓN, Gunther Hernán

2008 "Propiedad no inscrita vs. Embargo inscrito: El legislador procesal acaba de rectificar la solución dada por el Código Civil (algunas notas en respuesta a cierta clase de teóricos)". En *Actualidad Jurídica*. Núm. 176, pp. 57 a 73

GONZALES BARRÓN, Gunther Hernán

2005 *Derechos Reales*. Primera Edición Lima: Jurista Editores.

GONZALES BARRÓN, Gunther Hernán

2010 *La usucapión: fundamentos de la prescripción adquisitiva de domino*. Lima: Jurista Editores

GONZALES BARRÓN, Gunther Hernán

2010 "Estudio preliminar sobre el derecho inmobiliario registral en el Perú". En

BIBLIOGRAFIA

Álvarez Caperochipi, José Antonio. *Derecho registral Inmobiliario*. 3ra. Edición, 1ª ed. en Perú. Lima: Jurista Editores

GONZALES BARRON, Gunther Hernán
2006 "Hay que derogar la Ley de Garantía Mobiliaria". En *Actualidad Jurídica*. Gaceta Jurídica. Núm. 152, pp. 289 a 295

GUASTINI, Riccardo
1999 *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Quinta Edición. Traducción de Marina Gascón y Miguel Carbonell. México: Editorial Porrúa

HERNANDEZ GAZZO, Juan Luis
1993 "Reflexiones para una propuesta en materia de concurrencia de acreedores". En *Ius et veritas*, Núm. 7, pp. 185 a 193

HERNÁNDEZ GIL, Antonio
1981 *Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica*. Segunda Edición. Madrid: Editorial Civitas

IRTI, Natalino
2003 *Introducción al estudio del derecho privado*. Traducción de Rómulo Morales Hervías y Leysser L. León, Lima: Editora Jurídica Grijley

LACRUZ BERDEJO, José Luis
1994 *Elementos del Derecho Civil*. Barcelona: J. Mª Bosch Editor

LARENZ, Karl
1978 *Derecho civil. Parte general*. Traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas

LARENZ, Karl
1958 *Derecho de las Obligaciones*. Traducción de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado

LARROUMET, Christian
1993 *Teoría general del contrato*. Bogotá: Editorial Temis

LEÓN BARANDIARAN, José
1956 *Comentarios al Código Civil Peruano*. Buenos Aires: Ediar Soc. Anon. Editores

MANCINI, Tommaso
1988 "La cessione dei crediti". En *Trattato di diritto privato* diretto da Pietro Rescigno. Vol. IX. Torino: UTET, pp. 379 a 397

MANNINO, Vincenzo

BIBLIOGRAFIA

2008 "Cessione del credito e novazione soggettiva dal lato attivo". En *Rivista di diritto civile*. pp. 695 a 726

MAZEAUD, Henri, León y Jean

1960 *Lecciones de derecho civil*. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América

MEDICUS, Dieter

1995 *Tratado de las relaciones obligatorias*. Traducción de Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Editorial Bosch Casa Editorial

MEJORADA CHAUCA, Martín

2007 "Garantía mobiliaria sobre créditos". En *Revista peruana de derecho de la empresa: financiamiento y garantías*. Núm. 63, 2007, pp. 40 a 54

MENGONI, Luigi

2002 "El objeto de la obligación". En *Proceso y justicia. Revista de Derecho Procesal*. Núm. 3, pp. 111 a 132

MERRYMAN, John Henry

2009 *La tradición jurídica romano canónica*. Segunda Edición. Decimo segunda reimpresión. Traducción de Eduardo L. Suarez. México: Fondo de Cultura Económica

MONATERI, Pier Giuseppe

2006 "Gayo, el negro: Una búsqueda de los orígenes multiculturales de la tradición jurídica occidental". En *La invención del derecho privado*. Bogotá: Siglo del hombre Editores

MONTOYA ALBERTI, Hernando

2000 *Comentarios a la nueva Ley de Títulos Valores*. Segunda Edición. Lima: Gaceta Jurídica

MONTOYA MANFREDI, Ulises

2005 *Comentarios a la Ley de Títulos Valores*. Séptima Edición. Lima: Editora Grijley

MOSCATI, Enrico

2011 *La disciplina generale delle obbligazioni: corso di diritto civile*. Torino: Giappichelli Editore

MOSCATI, Enrico

1979 "Apuntes histórico-reconstructivos acerca de la pretendida contraposición entre el pago objetivo y subjetivo". En *Revista crítica de derecho inmobiliario*. Núm. 532, pp. 557 a 586.

MOSCATI, Enrico

BIBLIOGRAFIA

1979 "Concepción real y concepción patrimonial del enriquecimiento en el sistema de los artículos 2037 y 2038 del C.C. italiano". En *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Núm. 535, pp. 1245-1267

MOSCATI, Enrico

1980 "Pago indebido subjetivo y mecánica de la relación obligatoria". En *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Núm. 541, pp. 1357-1398

NATOLI, Ugo

1984 *L'attuazione del rapporto obbligatorio*. Milano: Giuffrè Editore

NATOLI, Ugo

1950 *Il conflitto dei diritti e l'art. 1380 del c.c.* Milano: Giuffrè Editore

NICOLÒ, Rosario

1940 "Succesione nei diritti". En *Nuovo Digesto italiano*. Vol. XII. Torino: UTET, pp. 129 a 139

OERTMANN, Paul

1923 "Transmisión de las obligaciones". En *Revista de derecho privado*. Núm. 115, pp. 98 a 118

OERTMANN, Paul

1933 *Introducción al derecho civil*. Traducción por Luis Sancho Serral. Barcelona - Buenos Aires Editorial Labor

ORTIZ PASCO, Jorge

2006 "La calificación registral en la Ley Garantía de Garantía Mobiliaria novedades, aciertos y desaciertos". En *Estudios sobre la nueva Ley de la Garantías Mobiliarias Ley 28677*. Nelly Fernández del Castillo y Raúl Camacho Gálvez (compiladores). Lima: Arco Legal Editores, Primera Edición, 2006, pp. 109 a 125

OSTERLING PARODI, Felipe-CASTILLO FREYRE, Mario

2008 *Compendio de derecho de las obligaciones*. Lima: Palestra Editores

PEREYRA Zaplana, Augusto

2007 "La cesión de derechos: modificaciones a partir de la entrada en vigencia de la Ley de la Garantía Mobiliaria". En *Actualidad Jurídica*. Núm. 166, pp. 55 a 58

PEREZ GARCÍA, Máximo Juan

2005 *La protección aquiliana del derecho de crédito*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España

BIBLIOGRAFIA

PERLINGERI, Pietro

2006 "La circolazione del credito e delle posizioni contrattuali". En *Rivista di diritto civile*, pp. 99 a 120

PERLINGIERI, Pietro

2009 *El derecho civil en la legalidad constitucional: según el sistema italo-comunitario de las fuentes*. Madrid: Dykinson

PETRAS, James

1986 *Clase, Estado y poder en el tercer mundo*. Primera Edición. México: Fondo de Cultura Económica

PLANIOL, Marcelo-RIPERT, Jorge

1946 *Tratado práctico de derecho civil francés*. Traducción española del Dr. Mario Díaz Cruz. La Habana: Cultural S.A.

PUGLIATTI, Salvador

1943 *Introducción al estudio del derecho civil*. Traducida de la 2da. edición. México: Porrúa Hnos

PUGLIATTI, Salvatore

1957 *La trascrizione*. Milano:Giuffrè Editore

RAMIREZ CRUZ, Eugenio María

2009 *La garantía mobiliaria: nuevas perspectivas del préstamo con garantía mobiliaria sin desposesión del deudor*. Lima: Jurista Editores

REVOREDO DE DEBAKEY, Delia (Comp.)

1985 *Código Civil: Exposición de motivos y comentarios*. Lima: Okura Editores

RIPERT, Georges-BOULANGER, Jean

1965 *Tratado de Derecho Civil*. Buenos Aires: La Ley

RUBIO GARRIDO, Tomás

1994 *La doble venta y la doble disposición*. Barcelona: J. M^a Bosch Editor

SABORINO SANCHEZ, Paloma

2005 *La causa ilícita: delimitación y efectos*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch

SCHLESINGER, Piero

1998 "Reflexiones sobre la prestación debida en la relación obligatoria". En *Themis*. Segunda Época. Núm 38, pp. 59 a 71

SCHREIBER, Fritz

1942 *Conceptos y formas fundamentales del derecho: esbozo de una teoría formal del derecho y del estado sobre base fenomenológica*. Traducción directa del alemán por Eduardo García Maynes. Buenos Aires: Editorial

Losada

SEQUEIRA MARTIN, Adolfo J.

1988 "Aproximación al concepto de publicidad registral y su eficacia". En *Revista crítica de derecho inmobiliario*, pp. 1863 – 1896.

STEFINI, Umberto

2007 *La cessione del credito con causa di garanzia*. Padova: CEDAM

TOPASIO FERRETTI, Aldo

1992 *Derecho romano patrimonial*. Primera edición. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México

VIDAL RAMÍREZ, Fernando

2007 *La cesión de créditos en el derecho civil peruano*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica

VON THUR, Andreas

2005 *Tratado de derecho civil alemán*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

WESTERMANN, Harry y otros

2007 *Derechos reales*. Traductores: Ana Cañizares Lazo, José María Miquel Gonzales, José Miguel Rodríguez Tapia y Bruno Rodríguez Rosado. 7ma. Edición. Madrid: Fundación Cultural del Notariado

ZAMUDIO ESPINAL, Carlos

2007 "Un equívoco más del Código Civil de 1984. La cesión de posición contractual: el efecto entre el cedente y cesionario". En *Revista crítica de derecho privado. Publicación del taller de Derecho Civil "José León Barandiarán" de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*, pp. 247 a 259

ZATTI, Paolo

2005 "Las situaciones jurídicas". En *Revista jurídica del Perú*. Núm. 64, pp. 357 a 389

B) DOCUMENTOS

- Convención de las Naciones Unidas Sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional. En <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/payments/receivables/ctc-assignment-convention-s.pdf>
- Convención de UNIDROIT sobre Factoring Internacional (CUFI). En <http://www.unidroit.org/spanish/conventions/1988factoring-convention->

[sp.pdf](#)

- Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, hecho en Funchal el 18 de mayo de 1992 («BOE núm. 171/1993, de 19 de julio de 1993»). En <http://www.judicatura.com/Legislacion/1817.pdf>
- Ley Modelo Interamericana Sobre Garantías Mobiliarias de la OEA. En <http://www.natlaw.com/hndocs/ulrarttranspan.pdf>
- Documento de trabajo: facilitando el acceso al crédito mediante un sistema eficaz de garantías reales. Ministerio de Economía y Finanzas MEF. Lima 13 de julio de 2001. En <http://transparencia-economica.mef.gob.pe/documento/doc/dt6.pdf>
- Guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Nueva York, 2010. En <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/security-lq/s/09-82673ebook-S.pdf>

C) JURISPRUDENCIA UTILIZADA

- CAS. N° 3800-2002-AREQUIPA (publicada en *El Peruano*, el 30/11/2003)
- CAS. N° 1394-2002 LIMA, CAS. N° 3030-2002 LIMA (publicada en *El Peruano*, el 31/01/2003)
- CAS. N° 62-01 (publicada en *El Peruano*, el 31/08/2001)
- CAS. N° 3194-2002-LA LIBERTAD (publicada en *El Peruano*, el 01/09/2003)
- CAS. N° 2503-99-LIMA
- CAS. N° 2061-2000-LAMBAYEQUE (publicada en *El Peruano*, el 01/03/2001)
- CAS. N° 528-2006 JUNIN
- CAS. N° 403-2001-PIURA (publicado en *El Peruano*, el 31/05/2002)
- CAS. N° 1931-LAMBAYEQUE;
- CAS. N° 3711-2000-CALLAO (publicado en *El Peruano*, el 02/02/2002)
- CAS. N° 2236-99-LA LIBERTAD, publicada en *El Peruano* el 15/01/2000
- CAS. N° 433-99-LIMA, publicada en *El Peruano* el 21 de de enero de 2000
- CAS. N° 1035-2002-CALLAO
- CAS. N° 1953-2007-LIMA

BIBLIOGRAFIA

- CAS. N° 217-95-AREQUIPA
- CAS. N° 2632-99-CALLAO
- CAS. N° 627-97-LIMA, publicada en *El Peruano* el 15 de octubre de 1998
- CAS. N° 1779-2003-ICA
- CAS. N° 1953-2007-LIMA
- CAS. N° 1779-2003-ICA
- CAS. N° 2768-2003-AREQUIPA
- CAS. N° 372-2006-AREQUIPA